UNIVERSITÉ DE NANCY. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE

DE

L'ENGAGEMENT JURIDIQUE

PAR VOLONTÉ UNILATÉRALE

D'APRÈS LE CODE CIVIL ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue *le 7 Juin 1913, à 4 heures*

PAR

ANNA GOLDBERG

LICENCIÉE EN DROIT

LAURÉATE DE LA FACULTÉ

Président : M. GENY, *professeur;*

Suffragants { M. BOURCART, *professeur;*
M. MOREL, *agrégé.*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS, 5e arrdt

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1913

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. BINET, I ✠.
Doyen honoraire et Professeur honoraire : M. BLONDEL, ✠, I ✠.
Professeurs honoraires : MM. MAY, ✠, I ✠, et BEAUCHET, I ✠.
MM. BINET, I ✠, Professeur de Code civil et chargé du cours d'enregistrement, Doyen.

GARNIER, I ✠, Professeur d'économie politique et chargé du cours de législation financière.

BOURCART, ✠, I ✠, Professeur de droit commercial et chargé d'un cours de droit commercial (Licence).

GAVET, I ✠, Professeur d'histoire du droit, chargé du cours d'histoire du droit privé et du cours d'histoire du droit et des institutions juridiques de l'Est.

CHRÉTIEN, I ✠, Professeur de droit international public et privé, et chargé du cours de droit international public (Doctorat).

CARRÉ DE MALBERG, I ✠, Professeur de droit public et constitutionnel et chargé des cours de droit public (Licence) et de droit public et droit constitutionnel comparé (Doctorat).

GENY, I ✠, Professeur de Code civil, et chargé du cours de droit civil approfondi (Doctorat).

MICHON, I ✠, Professeur de droit romain et chargé du cours d'histoire du droit public et du cours de *Pandectes*.

BROCARD (✠ A), Professeur d'économie politique et d'histoire des doctrines économiques (Doctorat) et chargé d'un cours d'économie politique (Licence).

ROLLAND (✠ A), Professeur de droit administratif et chargé d'un cours de droit administratif (Doctorat), et d'un cours de législation et économie coloniales.

SENN (✠ A), Professeur de droit romain et chargé d'un Cours de législation industrielle (Licence).

NAST, Agrégé, chargé du cours de droit criminel, d'un cours de droit naturel et d'un cours d'éléments de droit civil (Capacité).

MOREL, Agrégé et chargé d'un cours de droit civil.

OUDINOT, Docteur en droit, chargé d'un cours de procédure civile et de voies d'exécution.

SIMONNET (✠ A), Docteur en droit, chargé d'un cours d'éléments de droit civil (Capacité).

RENARD (✠ A), Docteur en droit, chargé d'un cours d'éléments de droit public et administratif (Capacité).

MELIN (✠ A), Docteur en droit, chargé du cours de Science sociale.

ROVEL, I ✠, Docteur en droit, secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

UNIVERSITÉ DE NANCY. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE

DE

L'ENGAGEMENT JURIDIQUE

PAR VOLONTÉ UNILATÉRALE

D'APRÈS LE CODE CIVIL ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue *le* 7 *Juin* 1913, *à* 4 *heures*

PAR

ACAD.
LORRAT
REBL

ANNA GOLDBERG

LICENCIÉE EN DROIT

LAURÉATE DE LA FACULTÉ

Président : M. GENY, *professeur;*

Suffragants (M. BOURCART, *professeur;*
(M. MOREL, *agrégé.*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS, 5e arrdt

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1913

A MES MAITRES

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE

DE

L'ENGAGEMENT JURIDIQUE

PAR VOLONTÉ UNILATÉRALE

D'APRÈS LE CODE CIVIL ALLEMAND

PREMIÈRE PARTIE

PRÉLIMINAIRES

Depuis quelque temps, en doctrine et en législation, on a opposé à la source traditionnelle de l'obligation volontaire, au contrat, une autre source, la volonté unilatérale.

La promesse unilatérale obligerait son auteur, créerait des effets, sanctionnés par le droit, dans la mesure de la volonté de son auteur, sans qu'une autre volonté, notamment celle du créancier de l'obligation, vienne se joindre à elle.

D'où vient cette nouvelle source? Quel est son fondement théorique? Sa sphère d'application pratique? Sa puissance d'expansion? Autant de questions peu considérées dans la littérature juridique.

D'où vient-il que l'accord des volontés ait été compris à un certain moment, comme source d'obligation? Cela se perd dans la nuit des temps. On peut cependant affirmer

avec certitude, que jamais une loi n'est intervenue pour l'implanter, que la *ratio scripta*, le droit romain, a sanctionné le concours des volontés, comme exprimant l'essence des relations obligatoires, comme une vérité humaine. L'efficacité de la volonté unilatérale s'est-elle imposée en raison et en fait de la même manière impérieuse? La négative ne fait pas de doute pour le droit romain, car l'horizon économique des anciens se bornait aux relations entre personnes déterminées et dans ce domaine l'exigence du concours des volontés ne laissait aucune place à la volonté isolée.

Il y avait cependant en droit romain une situation extraordinaire où l'on pouvait signaler une déviation incontestable aux règles normales : à l'occasion d'une promesse faite à la cité ou à l'État par un particulier, la *pollicitatio rei publicæ vel civitati facta*. Le terme de *pollicitatio* désigne dans cette hypothèse unique la promesse unilatérale obligatoire, à la différence de l'acception de ce terme, consacrée par le droit classique, caractérisant la promesse non formelle. Le second sens, le sens normal du terme est visé par la règle : *ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur*. La *pollicitatio*, au sens technique d'engagement unilatéral, seule nous intéresse ici.

Elle s'adresse à l'État et à la cité [1]. Il ne semble pas qu'elle ait été soumise à des conditions de forme. Mais pour que la *pollicitatio* lie son auteur, il faut qu'elle ait une juste cause ou bien qu'elle ait reçu un commencement d'exécution. Les justes causes sont les suivantes :

a) En raison d'un honneur (D. liv. L, tit. XII, *De poll.*, l. II).

b) En raison d'une calamité publique (*De poll.*, l. 4).

(1) Worms, *De la volonté unilatérale*, thèse, Paris, 1890-1891, p. 41.

c) En raison de tous les autres faits qui peuvent rendre légitime l'offre du pollicitant, les textes n'étant nullement limitatifs (*De poll.*, l. I, § 1). L'appréciation des juges a dû s'exercer pour la détermination de ces faits.

Le commencement d'exécution de la promesse était une garantie de son caractère sérieux. Est réputé commencement d'exécution :

a) Le versement d'une fraction de la somme promise entre les mains des représentants de la cité (*De poll.*, liv. VI, § 1).

b) En matière de promesse de travaux publics :

1° Si le promettant a jeté les fondements d'un édifice sur un terrain lui appartenant (*De poll.*, l. I, § 3). Ou simplement s'il a approprié le terrain;

2° S'il a élevé des constructions sur un terrain public qui lui a été concédé par la cité à cet effet;

3° Si, en comptant sur une promesse de somme d'argent, la cité avait fait commencer les travaux à ses frais (D. liv. L, tit. XII, *De poll.*, l. I, § 4).

Par l'effet de la volonté unilatérale du pollicitant, un droit naît en faveur de la cité, sanctionné par une action, en même temps que l'engagement correspondant du promettant d'exécuter sa promesse.

Telle quelle la *pollicitatio* ne fait pas une brèche au principe de l'accord de volontés, considéré comme source unique de l'obligation volontaire. Elle a été admise à titre exceptionnel par le droit public[1] et aucune extension n'en a jamais été signalée en droit privé[2]. Mais on rencontre

(1) Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 474, lui donne la portée d'une institution propre, celle de la fondation entre vifs.

(2) On rencontre à Rome la promesse faite à une divinité, valable sans acceptation, le vœu, *votum*. Ce serait, pour certains auteurs, un cas d'engagement unilatéral. A notre avis, le caractère extrahumain

dans le Digeste une distinction purement théorique, basée sur la généralisation de la pollicitation obligatoire, entre le *pactum* et la *pollicitatio* (1), l'un exigeant le consentement des parties, l'autre œuvre d'une seule volonté. Schlossmann (2) attribue la responsabilité de cette formule malencontreuse aux glossateurs.

Quoi qu'il en soit elle a fait fortune et depuis on n'a pas cessé d'opposer le *pactum* et la *pollicitatio*, la promesse acceptée et la promesse non acceptée, comme deux modes possibles d'obligation volontaire. Cette idée s'est infiltrée au cours des siècles dans les esprits juridiques, comme un poison lent, pour ne produire son effet que dans les temps modernes. Et cependant, une pareille formule n'est-elle pas une monstruosité juridique? L'exigence de l'acceptation, qui est un élément régulier de l'efficacité de la promesse, ne repose sur aucune loi et elle n'a pu résulter que de la nature intime des circonstances, présidant à la formation de l'obligation. Un Empereur romain aurait pu décider, qu'on fasse abstraction de l'un des éléments essentiels qui concourent à la naissance de l'obligation, pour valider la pollicitation à l'État et à la cité. Cela n'a rien de juridique. Peut-être est-ce une faveur, faite à ces collectivités, un hommage à l'intérêt général? Peut-être, comme le suppose Pernice (3), a-t-on comblé par là une lacune dans le système de représentation des cités? Si l'accord des volontés est nécessaire pour fonder une obligation valable, c'est que la volonté unilatérale est insuffisante

de cette institution ne permet pas de la mettre en cause et d'en tirer un enseignement utile. Et pourquoi ne verrait-on pas là plutôt un contrat avec les dieux? — Cf. Worms, *op. cit.*, p. 61.

(1) L. 3, D. *De poll.*, 50, 12; l. 1, § 2, *De pact.*, 2, 14.

(2) *Der Vertrag*, p. 150

(3) Labeo, t. I, 1^re^ éd., p. 279.

pour réaliser ce but juridique. Préconiser la promesse non acceptée, comme autre source d'engagement, à côté de la promesse acceptée, c'est manquer aux lois élémentaires de la logique.

Tel est le legs du passé : l'engagement unilatéral apparaît comme une promesse dénuée d'acceptation, un élément du contrat, revêtu d'une valeur propre; c'est une pauvre notion flottante, indécise, définie par un trait négatif. Elle fut évoquée dans les temps modernes, lorsque les cadres du contrat se montrèrent trop étroits pour contenir les phénomènes juridiques nouveaux qui s'imposèrent à l'attention de la doctrine et du législateur. On aperçoit aisément la difficulté d'adapter la pollicitation aux formations nouvelles, en se rendant compte du trait distinctif de ces dernières, de leur destination à des créanciers indéterminés, au public. Nommons la promesse de récompense, la fondation, les titres négociables portant engagement du souscripteur. Or, la pollicitation est, par définition même, un élément du contrat, elle usurpe par exception, — on n'a jamais pu fixer la portée de cette exception, — le domaine même du contrat, qui est le domaine des engagements à créancier déterminé; elle n'est qu'une promesse à une personne déterminée, parfaite par sa vertu propre, sans que la volonté du créancier vienne se joindre à elle. Elle crée un rapport obligatoire immédiat entre le promettant et le créancier. On conçoit facilement que la possibilité d'un choix ne soit pas écartée entre les deux modes d'obligation, la promesse acceptée, le contrat, et la promesse non acceptée, la pollicitation, dans des circonstances concrètes identiques.

Cette dernière observation aurait pu suffire pour discréditer la pollicitation et pour révéler toute la vanité et l'inutilité de cette notion. Rivale du contrat, elle est condamnée fatalement à succomber dans une lutte inégale.

La conception traditionnelle de l'engagement unilatéral n'est qu'une généralisation de l'unique cas de promesse non acceptée obligatoire, reconnu en droit romain, de la *pollicitatio* adressée à l'État et la cité. Comme telle, elle n'a plus d'application en droit moderne(1). La doctrine moderne ferait mieux de la vouer à l'oubli.

Mais l'idée d'engagement unilatéral ne doit pas périr avec elle. Un champ vaste s'offre à l'activité juridique de la volonté unilatérale, celui des engagements à créancier indéterminé, où le contrat, produit d'un accord de volontés, est impuissant.

La reconnaissance de l'efficacité de la volonté unilatérale s'impose aussi irrésistiblement en matière d'engagement à créancier indéterminé, que jadis s'est imposé l'accord des volontés dans les relations entre personnes déterminées. Cette nouvelle source d'obligation n'est ni une ennemie, ni une rivale du contrat, car elle est souveraine dans son domaine propre.

A la notion classique, sans valeur aucune, de la promesse non acceptée, on substituera la notion de promesse non acceptable et la théorie de l'engagement unilatéral ne pourra que gagner à ce changement en clarté et en précision.

La doctrine allemande a fait fausse route : au lieu de prendre l'initiative d'une théorie nouvelle et importante, d'une théorie sans passé, puisque toute la matière de l'engagement à créancier indéterminé est de droit nouveau,

(1) Notamment, le droit administratif français connaît, en matière de travaux publics, les offres de concours émanant de particuliers, qui se présentent comme des souscriptions, quand elles sont collectives. Ces offres ne lient leurs auteurs, que si elles sont acceptées par l'Administration, d'une manière expresse ou tacite. — Cf. Béquet et Dupré, *Répert. de dr. admin.*, *Travaux publics*, n° 356.

au lieu de rompre avec une tradition historique, qui ne fut qu'une erreur, se perpétuant à travers les siècles, elle s'en est pénétrée. Sa fameuse théorie de l'engagement unilatéral porte l'empreinte de la pollicitation, elle en procède, et c'est d'autant plus étonnant que le droit positif allemand offre, dans le nouveau Code civil, le spectacle d'une consécration complète et sans réserve de l'engagement à créancier indéterminé, naissant de la volonté unilatérale.

Le but de ce travail est de dégager des dispositions positives du Code civil allemand les éléments d'une théorie générale de l'engagement unilatéral. Un chapitre premier résumera les efforts des auteurs allemands en vue de construire une théorie générale sous les auspices de la *pollicitatio* romaine. Un second chapitre nous permettra d'exposer des idées différentes à ce sujet.

CHAPITRE I

THÉORIE DE LA POLLICITATION

La théorie allemande de l'engagement unilatéral, chez les auteurs qui l'ont traitée dans son ensemble, part du problème de la promesse non acceptée. Elle aboutit logiquement à la construction hybride d'un engagement unilatéral à créancier déterminé. Son vice réside dans son point de départ.

La méthode de ces auteurs consiste à décomposer le contrat dans ses éléments, en les envisageant séparément, pour y puiser un fondement à l'efficacité de la volonté unilatérale. L'ingéniosité des jurisconsultes s'est exercée surtout sur deux situations juridiques, se trouvant à la limite de la notion du contrat, mais ne la dépassant nullement, comme nous le verrons : l'offre de contrat entre absents et l'acceptation tacite. Nous les examinerons successivement.

§ 1. — De l'offre de contrat entre absents (1).

L'offre de contrat est-elle un engagement unilatéral? Nous posons la question brusquement, c'est bien d'elle qu'il s'agit cependant. Depuis que la tendance législative s'est manifestée dans le sens de l'irrévocabilité de l'offre

(1) Cf. Gardeike, *Die Verträge unter Abwesenden*, Berlin, 1882.

pendant un certain délai, soit entre présents, quand un délai a été fixé pour l'acceptation, soit et surtout entre absents, cette question était à l'ordre du jour.

Le Code civil allemand de 1896 a consacré définitivement l'irrévocabilité de l'offre, et c'est de ses dispositions que nous partirons pour l'étudier.

Il n'y a d'offre proprement dite que là, où l'acceptation pure et simple suffit pour former le contrat, ce qui implique que l'offre porte sur les points essentiels du contrat. Autrement, ce n'est qu'une invitation de faire des offres. L'offre de contrat peut émaner indifféremment du créancier ou du débiteur. Elle suppose la capacité en la personne de son auteur et reste soumise aux dispositions des art. 116-124 sur les vices de la volonté. Pour ses formes cf. art. 125. Elle appartient à la catégorie des déclarations s'adressant à partie, à la différence des déclarations ne s'adressant à personne, suivant la distinction admise par le Code civil allemand. Les premières passent avant d'arriver à la perfection par deux étapes : l'émission et la réception de la déclaration. Déjà l'émission confère à l'offre une certaine valeur juridique.

> Art. 130, al. 2 : « Il est sans influence sur l'efficacité de la déclaration de volonté que l'auteur de cette dernière, après émission de la déclaration, meure ou devienne incapable d'exercice des droits ». (Cf. art. 153).

La réception de l'offre par le destinataire constitue une seconde étape dans la voie de sa perfection. Elle doit prendre racine dans la conscience de l'autre partie, elle doit lui être adressée. Suffit-il que l'offre soit parvenue au destinataire ou faut-il qu'il ait eu effectivement connaissance de l'offre? Entre la théorie de la perception, qui exige une prise de possession réelle et celle de la réception, qui ont occupé

pendant longtemps le terrain des discussions, le Code civil a opté pour la dernière, guidé par des considérations d'ordre pratique.

Quels sont les effets juridiques attachés à l'offre ainsi parfaite?

> Art. 145, C. civ. all. : « Celui qui propose à un autre de conclure un contrat est lié à l'offre, à moins qu'il ait exclu ce lien obligatoire ».
>
> Art. 147 : « L'offre faite à une personne présente ne peut être acceptée qu'immédiatement. Il en est de même d'une offre faite de personne à personne au moyen du téléphone.
>
> » L'offre faite à une personne absente ne peut être acceptée que jusqu'au moment où l'auteur de l'offre avait, dans les conditions ordinaires, à attendre l'arrivée de la réponse ».

Le Code civil, en consacrant par là une solution déjà adoptée par le Code de commerce, présume que l'offre entre absents est irrévocable pendant un délai à partir de sa réception. Le délai légal peut être modifié par l'offrant en cas de concession d'un délai pour réfléchir à l'autre partie.

> Art. 148 : « Si l'auteur de l'offre a fixé un délai pour l'acceptation de l'offre, l'acceptation ne peut avoir lieu que dans ce délai ».

Cette irrévocabilité, conventionnelle entre présents, n'est intéressante, que si l'offre s'adresse à une personne absente. C'est alors que, comme dans l'hypothèse du délai légal, la loi donne effet à une déclaration de volonté purement unilatérale.

Le délai d'irrévocabilité a pour point de départ la réception de l'offre par le destinataire. La révocation reste possible, si elle parvient à l'autre partie avant la réception de l'offre ou en même temps qu'elle.

L'importance pratique de l'irrévocabilité de l'offre est incontestable : elle rétablit entre absents la continuité de l'offre et de l'acceptation, elle permet à l'autre partie de prendre une décision, de s'engager dans des dépenses, en toute sécurité. L'irrévocabilité est conforme aussi à la volonté probable de l'offrant, qui entend faire une offre sérieuse. Mais, d'autre part, il est certain qu'elle heurte la nature juridique de l'offre, qui est un acte unilatéral, et comme tel susceptible d'être librement révoqué par son auteur.

Si la faculté de révocation a été supprimée, l'offre reste révocable dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire jusqu'à l'émission de l'acceptation. Tout le débat scientifique, relatif à la question du caractère obligatoire de l'offre entre absents, se concentre sur le temps excessivement bref en pratique, qui sépare la réception de l'offre de l'émission de l'acceptation.

> Art. 146 : « L'offre s'éteint lorsqu'elle est rejetée envers l'auteur de l'offre ou qu'elle n'est pas acceptée envers lui en temps utile, conformément aux art. 147 à 149 ».

L'offre serait donc obligatoire pour son auteur. En parlant du caractère obligatoire de l'offre, nous n'avons en vue que la seule obligation qui en naisse : celle de ne pas révoquer durant un certain délai. Elle prend sa source dans la volonté unilatérale. Le contenu même de l'offre, les propositions et les promesses, qui la composent, dépendent pour leur efficacité de l'entente des volontés de l'acceptant et du promettant. Elles ne seront obligatoires que du jour de la conclusion du contrat.

Les auteurs n'ayant pas foi en l'existence d'une obligation secondaire, n'ayant pour objet que l'irrévocabilité, se sont révoltés contre la disposition légale. Si une promesse

ne peut être révoquée, disent-ils, c'est qu'elle est irrévocable; si elle est irrévocable, c'est qu'elle est un acte juridique parfait par lui-même et ce ne peut être que l'engagement unilatéral dans sa consécration législative.

Voyons de plus près en quoi consiste l'obligation d'irrévocabilité, quelle est sa sanction, quel est son fondement juridique ?

a) *Sanction de l'irrévocabilité de l'offre.* — Sous l'empire des idées traditionnelles, les auteurs décidaient que l'offre, émanant d'une volonté unilatérale, n'a pas pu obliger valablement et durablement son auteur, ne serait-ce qu'à ne pas la révoquer durant un certain temps. En présence d'un dommage pouvant résulter pour le destinataire d'une révocation intempestive de l'offrant, ils s'accordaient pour condamner ce dernier à la restitution des dommages causés par la révocation (1). C'était un cas d'application de la théorie des *negative Vertragsinteresse.* Une fois l'irrévocabilité reconnue obligatoire, il n'est plus question de dommages-intérêts : la révocation est simplement non avenue à l'égard de celui qui a accepté en temps utile. Le défaut d'exécution est sanctionné ici par les règles qui régissent l'inexécution des contrats (2).

b) *L'obligation d'irrévocabilité.* — Quelle obligation correspond à la sanction que nous venons d'examiner et quel est son fondement (3)? C'est la question capitale, sur laquelle le combat fut livré.

Siegel en a donné le signal en 1873. Jusque-là on tolérait l'irrévocabilité comme répondant aux besoins de la pratique. On lui cherchait un fondement théorique. Regels-

(1) Windscheid, *Pandekten*, t. II, § 307.

(2) Cf. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle* (*Rev. trim. de dr. civ.*, 1907).

(3) *Civilrechtl. Erörterungen,* 1868, t. I, p. 70.

berger (1) la construisit sur un contrat ayant pour objet la renonciation à la révocabilité. Ihering (2) la désigna comme une obligation secondaire relative à un rapport juridique en état de formation.

Les auteurs modernes ne sont pas très éloignés de cette manière de voir. Behrend (2) émet l'idée que l'irrévocabilité n'est qu'une manifestation inachevée, en voie de développement, de l'engagement contractuel ; c'est un effet contractuel anticipé. La vérité aurait donc été côtoyée par les auteurs plus anciens pour se perdre ensuite dans les ténèbres des discussions. Nous sommes tentés de le croire, c'est là un problème sur lequel la science moderne a dirigé ses lumières et sa solution ne se fera point attendre.

Dans son livre, qui a trait à la *Promesse, source d'engagement*, Siegel fait une distinction capitale. La volonté unilatérale peut se lier à deux degrés différents : tantôt le promettant n'est tenu que de rester fidèle à sa parole, tantôt il est tenu d'exécuter la prestation promise. Laissons parler l'auteur lui-même (3) : « Tant que quelqu'un n'a pas repris la parole qu'il a donnée, on peut bien dire de lui, qu'il a tenu sa promesse, mais on ne peut affirmer qu'il l'a remplie ». « Aussi nette que puisse être la distinction avant l'exécution de la promesse, elle disparaît dans notre conscience, dès qu'elle (la promesse) est exécutée ». « Nous distinguerons l'engagement de se tenir à la parole et l'engagement de remplir la parole donnée ». « L'engagement de remplir sa promesse équivaut à une dette, à un lien obligatoire ; il est fondé là, où le devoir fait face à l'avoir, où il y a *obligatio* au sens romain ». « L'engagement de se tenir à la parole nous apparaît comme ayant pour objet

(1) *Dogm. Jahrb.*, t. X, p. 469.
(2) *Die Stiftungen*, 1905, p. 347.
(3) §§ 3, 5 et 7.

une abstention : ne pas reprendre la parole donnée, ne pas la révoquer, et avec cet effet qu'un acte contraire serait sans efficacité juridique ». Siegel continue ses développements en leur donnant un fondement historique : le droit germanique, à la différence du droit romain, oppose souvent dans sa terminologie ces deux engagements (p. 24 et suiv.).

L'auteur traite aussi très longuement du droit de repentir dans les contrats du droit germanique, pour pouvoir affirmer plus loin, page 51 : « Le droit de repentir prouve l'erreur de l'opinion, qui déclare que l'irrévocabilité est une suite nécessaire du contrat ». « Le droit positif a pu décider qu'une promesse peut être révoquée malgré son acceptation ; il peut décider qu'une promesse doive être tenue, quoique non acceptée. Seuls les besoins du commerce sont décisifs ». L'irrévocabilité d'un acte n'est donc pas décisive pour la détermination de sa nature juridique.

Les deux engagements sont inséparables en règle générale. Il arrive cependant qu'ils se séparent et deviennent visibles à l'état distinct. Exemples : offre entre absents, offre avec concession d'un délai pour réfléchir, offre d'enchérir et, ajoute Siegel à tort, la promesse de récompense.

« Quand l'engagement de se tenir à la parole se rencontre à l'état distinct, il n'existe jamais pour lui-même, mais toujours dans le but de préparer, de rendre possible la naissance de l'autre (de l'obligation d'exécuter). Il est d'une nature essentiellement préparatoire et il a un caractère provisoire, tandis que l'autre représente ce qui est voulu définitivement ».

Page 92 : « Dans la promesse de récompense publique il y a un engagement unilatéral, qui oblige son auteur, non seulement de se tenir à sa parole, mais encore d'exécuter la prestation... ». Ces citations prouvent suffisamment que

Siegel a rapproché l'offre de contrat de la promesse de récompense, sans avoir su discerner ce que cette dernière présente d'imprévu, d'original et de précieux, pour en dégager la notion d'engagement unilatéral.

Indépendamment de ce reproche, nous adresserons une critique générale à la distinction de Siegel. Elle manque d'équilibre. Envisagée par Siegel comme une distinction capitale des manifestations de la volonté unilatérale, elle oppose l'engagement unilatéral, qui est tout, à l'offre de contrat, qui n'est rien qu'une proposition de conclure un contrat, qui ne fait que préparer l'acte juridique, le contrat. Une construction manquant de proportion est inélégante, en effet. Mais Siegel a commis une faute bien plus grave, qui aboutit à la confusion signalée plus haut à propos de la promesse de récompense.

Non content d'avoir présenté la distinction comme générale, comme une classification des manifestations de la volonté unilatérale, il l'a introduite à titre de sous-distinction dans les cadres de la théorie contractuelle d'abord et de celle de l'engagement unilatéral ensuite. Il a scindé l'engagement unilatéral, la promesse de récompense notamment, qui est pourtant l'expression même de l'élément le plus important de la distinction, de l'obligation d'exécuter la promesse.

Comment Siegel a-t-il été amené à une pareille solution? Par surprise, dirons-nous, par analogie avec ce qui s'est passé sur le terrain du contrat. La citation qui suit est très significative. Page 92 : « Les promesses examinées jusqu'ici[1] obligent leur auteur seulement de se tenir à sa parole pendant un certain temps; elles n'ont pour effet à son égard, tant qu'elles restent unilatérales, que de le lier à

(1) Il s'agit de diverses variétés de l'offre.

sa parole. L'engagement d'exécuter la prestation promise suppose l'acceptation de la promesse ; l'obligation est le produit d'un contrat ».

La sous-distinction ne nous choque point ici, dans le domaine contractuel; bien au contraire, elle frappe par son harmonie particulière. A cette obligation secondaire de se tenir à la parole donnée, ne reconnaissons-nous pas l'offre de contrat ? Et cette obligation principale d'exécuter naissant du contrat, loin d'écraser la première par son opposition, n'en est-elle pas une suite naturelle ? C'est ici que la distinction joue tout son rôle utile, c'est ici qu'elle est à sa place.

La seconde critique, que nous adresserons à la distinction de Siegel, peut être ainsi formulée : elle est sans utilité aucune dans une théorie de l'engagement unilatéral. En la faisant, Siegel n'a pas quitté le domaine de la théorie contractuelle, parce que pour en sortir, il aurait fallu ne pas la faire.

Nous ne pouvons que nous rallier au jugement de Windscheid (1) qui n'accorde qu'une « valeur douteuse » à la distinction de Siegel. Elle a provoqué une controverse, qui a obscurci pour de longues années la notion de l'engagement unilatéral. Elle a, d'ailleurs, rencontré un accueil bienveillant auprès de nombreux auteurs (2). Elle impressionna surtout ses adversaires, en leur ouvrant des horizons nouveaux et vastes.

Marsson (3), dans sa thèse de doctorat, salue avec enthou-

(1) *Pandekten*, t. II, § 304, n. 12.

(2) Hofmann, *Die Entstehungsgründe der Obligationen*, 1874, p. 11; Unger, *Grünhut's Zeitschrift*, t. I, p. 359; Pernice, *Goldschmidt's Zeitschrift*, t. XX, p. 291; Löning, *Vertragsbruch*, p. 131; Gengler, *Deutsches Privatrecht*, p. 436.

(3) *Die Natur der Vertragsofferte*, Greifswald, 1879, p. 92.

siasme l'avènement de l'ère de l'engagement unilatéral : « L'obligation de l'offrant n'est pas seulement une obligation de se tenir à sa parole, c'est une obligation par la parole, par la déclaration de la volonté, par une déclaration unilatérale, c'est une obligation juridique. On reconnaît l'acte juridique à ses effets : l'offre obligatoire est un acte juridique. Il n'est pas question de deux engagements différents, — l'un de tenir sa promesse et l'autre de l'exécuter, — il n'y a qu'un seul engagement, qui se montre dans les différents stades de son développement, comme un rapport juridique de formation successive ».

« Si une promesse ne peut pas être révoquée », dit Windscheid (1), « c'est qu'elle-même sert de base à un engagement d'exécuter et tout ce qui pourrait être nécessaire pour que cet engagement naisse vraiment, tombe dans la catégorie de la condition ».

Autrement dit, on ne peut révoquer que ce à quoi on est obligé et l'offrant n'est obligé à rien encore par sa promesse. En consacrant l'irrévocabilité de l'offre, on reconnaît que l'offrant est obligé dans le sens plein de ce mot.

Ces auteurs se sont trouvés enfermés dans un dilemme, très spirituellement formulé par Brinz (2) : « Si l'offre était irrévocable, elle serait un contrat ou un acte juridique unilatéral. Elle n'est pas un acte juridique unilatéral, parce qu'elle est destinée à devenir un contrat, et elle n'est pas un contrat, parce qu'elle n'émane que d'une seule volonté ».

Cependant, l'opinion que nous étudions donne à l'offre irrévocable la portée d'un acte juridique, puisqu'elle déclare l'engagement contenu dans l'offre parfait et obligatoire dès le début sous condition d'acceptation ; c'est un acte juri-

(1) *Pandekten*, t. II, § 304, note 12; en ce sens, Stobbe, *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, t. XIV, p. 257 et suiv.

(2) *Pandekten*, 2e éd., t. IV, § 571.

dique conditionnel. L'offre menant ainsi une existence indépendante, il serait injuste de refuser ce privilège à l'acceptation. Elle lie son auteur dans la même mesure que l'offre, elle aussi est irrévocable, du moment qu'elle est arrivée à destination. Dans les contrats synallagmatiques elle contient un contre-engagement et dans les contrats unilatéraux elle a au moins pour effet de provoquer l'avènement de la condition, qui suspend l'existence de l'engagement contenu dans l'offre. Pour être conséquent, il faut reconnaître le caractère d'acte juridique à l'acceptation.

Ces conséquences n'ont pas été développées par Windscheid et Stobbe. Mais elles se retrouvent dans Marsson et Koeppen [1], qui sont partis d'une construction identique de l'offre. Pour Marsson [2] « l'offre et l'acceptation sont deux actes juridiques, qui tendent au même but, mais qui produisent leur plein effet par leur réunion; il existe entre eux un rapport tel, que l'acte juridique d'acceptation sert de condition à l'effet suprême de l'acte juridique d'offre ». Koeppen rapproche de l'offre et de l'acceptation deux autres actes juridiques se trouvant dans un rapport analogue : le legs d'une créance et l'acceptation du légataire. Marsson est très catégorique sur ce point : « L'offre et l'acceptation se trouvent dans les législations modernes dans un rapport identique à celui qui unit le testament et l'adition de l'héritier : chacun d'eux a le même but, l'acquisition d'un droit en la personne de l'héritier ou de l'acceptant ».

Que devient dans tout cela le contrat? Comment cet acte juridique par excellence pourra-t-il s'harmoniser avec l'offre et l'acceptation comprises comme actes juridiques? Deux actes juridiques produiraient-ils un troisième? C'est

(1) *Die Verträge unter Abwesenden*, *Dogm. Jahrb.*, t. XI.
(2) *Op. cit.*, p. 94.

un non-sens. La théorie que nous venons d'examiner conduit tout simplement à la désagrégation de la notion de contrat, de l'accord des volontés produisant des effets juridiques. Et si Koeppen a fait des tentatives désespérées pour mettre la conception de l'offre et de l'acceptation d'accord avec la conception traditionnelle de contrat, Marsson (1), lui, y renonce d'un cœur léger : « Admettons tranquillement, que c'est impossible. Si le contrat est un acte juridique, il l'est exclusivement. Si l'offre est un acte juridique, le contrat ne l'est pas. C'est de la logique simple ». « Une obligation serait fondée sur trois actes juridiques : l'offre, l'acceptation et le contrat; c'est inconcevable ».

Et au fond, que de grands mots pour rien! Remarquons que toute cette révolution ne menace que les contrats entre absents. Quel abîme sépare dans cette conception les contrats entre présents des contrats entre absents (2)! Entre présents, nous voyons deux volontés concourant à la formation du contrat, à la réalisation d'une certaine situation juridique voulue par les parties. Le contrat est un tout complexe, rien ne suggère la disparité des deux volontés, il y a entre elles une dépendance étroite : chacune est importante, chacune est un élément essentiel du contrat.

Si nous supposons le même contrat de vente, de louage ou de prêt conclu entre absents, toute la conception serait donc changée. De l'offre et de l'acceptation, de ces deux déclarations de volonté si bien coordonnées en fait et en droit, l'une tomberait au rang de condition, tandis que l'autre jouerait le rôle prépondérant dans la formation du lien obligatoire.

La conception que nous combattons paraît abuser aussi

(1) *Op. cit.*, p. 93.

(2) Lüdinghausen-Wolff, *Die bindende Kraft des einseitigen Versprechens*, thèse, Berlin, 1889, p. 16 et suiv.

d'une autre notion juridique, celle de la condition. La condition est une circonstance accessoire de laquelle la volonté libre des contractants ou du promettant fait dépendre tel effet de droit, c'est un *accidentale negotii*. L'acte aurait pu être pur et simple. Mais une circonstance qui est tellement liée à l'existence même d'un acte juridique que, sans elle, l'acte ne peut pas prendre naissance, une circonstance qui est un élément essentiel de l'acte ne peut n'être qu'une condition.

Et enfin, l'irrévocabilité de l'offre ne mérite certainement pas d'être la cause d'une pareille perturbation. Il n'est pas exact de dire que l'irrévocabilité est l'apanage des actes créateurs d'effets de droit. Ce n'est qu'une impression et on aurait pu, sans se rendre coupable d'un paradoxe, renverser ce principe : les actes juridiques sont révocables par leur nature, car la volonté qui les a créés peut les anéantir. Tout ce qu'on peut admettre, c'est que les actes unilatéraux sont révocables par la volonté d'un seul, tandis que le contrat réclame à cet effet le concours de deux volontés. La loi a pu établir l'irrévocabilité de l'offre, en se laissant guider par des considérations d'ordre pratique. La disposition légale n'exclut pas la renonciation volontaire à l'irrévocabilité de la part de l'auteur de l'offre. La conception de l'offre sera-t-elle changée dans ce cas, et des hauteurs où l'ont élevée les théoriciens, sera-t-elle précipitée dans le néant?

L'acceptation et l'offre sont des éléments essentiels du contrat dans une mesure égale, même entre absents, et seule leur réunion produit des effets juridiques complets, ce que les auteurs dissidents n'essaient pas de nier. Mais alors, se sont-ils vraiment éloignés de la notion de contrat? Leurs saillies audacieuses ont-elles une autre portée, que de suggérer une modification de la notion traditionnelle

de l'accord des volontés, que de faire sentir une évolution du contrat, sans réussir à le saper par la base? Nous sommes tentés de croire que c'est là toute leur valeur. Il suffit de jeter un coup d'œil sur les commentaires (1) du nouveau Code civil allemand pour raffermir cette conviction. « On en revient à l'idée d'un acte unique, le contrat, couvrant des dispositions de caractère unilatéral, prises non pas seulement sous la forme contractuelle, mais avec le caractère d'engagement contractuel; n'est-ce pas la transposition de la notion de contrat? » Il y a là des indications qui font pressentir des idées à venir, des innovations heureuses, auxquelles il ne nous appartient pas de nous arrêter (2).

§ 2. — De l'acceptation tacite.

Il n'est pas sans intérêt à cette place de jeter un coup d'œil sur le premier paragraphe de l'ouvrage de Siegel, intitulé : « La *stipulatio* romaine et le contrat allemand ». Nous apprenons que dans la *stipulatio* romaine la volonté du créancier était dominante, c'est la demande qui déterminait l'offre. Les formes mêmes de la *stipulatio* romaine étaient fort expressives à cet égard : le créancier manifestait sa volonté par des interrogations, auxquelles le débiteur devait répondre dans les termes mêmes des questions posées. « Promets-tu dix? — Je promets dix ». Répondre : « Je promets cinq », ce serait invalider tout l'acte.

Si nous prenons le contrat allemand, tel qu'il a existé, d'après Siegel, dans l'ancien droit germanique, nous trouvons une conception diamétralement opposée. Ce n'est plus

(1) *Code civil allem.*, trad. fr., éd. du *Com. de lég. étrangère*, t. I, p. 106, § 2.

(2) Cf. Kipp, *Prorektoratsrede*, 4 novembre 1899, Erlangen.

la déclaration du créancier qui donne sa physionomie, son nom, à l'acte entier, comme dans la *stipulatio*, c'est le serment du débiteur (Geluebde). Le promettant est la figure centrale du contrat germanique. Le nom de contrat, Vertrag, exprimant la parité des deux volontés, une sorte d'égalisation, n'est apparu que plus tard, d'abord pour le contrat synallagmatique et se généralisant ensuite. Il semble, d'après Siegel, que cette conception se soit conservée jusqu'à nos jours, et que les termes des codes allemands, en exigeant l'acceptation de la promesse, s'opposent nettement à l'art. 1108 du Code civil français, qui demande « le consentement de la partie qui s'oblige ». Cela nous paraît trop subtil : la différence se réduit à une simple question de terminologie, elle est peut-être susceptible d'une explication historique et celle de Siegel est séduisante ; mais la conception de la situation respective des deux volontés est sensiblement la même dans le droit allemand et français moderne : c'est celle de l'égalité des deux volontés.

Passons au § 2 : « De l'acceptation de la promesse en particulier ». Siegel poursuit à la page 8 : « L'acceptation de nos jours est la déclaration de la volonté que la parole de l'autre soit une parole, que sa promesse soit durable et efficace ». Page 11 : « Il semblerait que ce dédoublement du contrat en promesse et acceptation convienne surtout au contrat unilatéral qui peut être désigné, comme la conception originaire du contrat. Le contrat synallagmatique contient, en effet, une promesse et une acceptation réciproques. Mais attendu que le contenu complet du contrat doit être déterminé d'un côté d'une manière telle, que par un simple « accepté » de l'autre côté, le contrat puisse se former, l'expression d'acceptation a été appliquée à la déclaration de l'autre partie dans le contrat synallagmatique ».

Page 13 : « Mise à part l'acceptation fictive, on distingue

l'acceptation expresse et l'acceptation tacite, qui se manifeste par des actions conclusives envers le promettant ». Page 14 : « Quand la conduite ou l'action admettent des interprétations différentes, la déclaration d'une volonté certaine, par conséquent d'une acceptation, n'est pas à envisager ». « Là où on est guide par le préjugé que la promesse pour obliger a besoin d'être acceptée, il n'y a qu'un pas de la restitution de la volonté à sa substitution ». Les erreurs de l'interprétation ne peuvent être relevées que dans chaque cas particulier, le plus souvent « en interprétant une action exprimant le désir de voir se réaliser la promesse, comme une acceptation ». Remarquons que ce désir exprimé par une action, c'est la définition même de l'acceptation tacite. Rien n'est plus certain dans ce cas que la volonté de se prévaloir de l'offre. « Et cependant celui qui exige l'accomplissement d'une promesse ne veut pas par là parfaire sa validité ; dans sa conscience, la promesse est valide ».

« Puisque dans les cas où la volonté du promettant aurait pu suffire pour l'engager, la loi et la coutume exigent un contrat, la science du droit aurait dû déclarer insuffisante la distinction des contrats formels et non formels ». « Il faut reconnaître que dans certains contrats unilatéraux, la promesse seule exige des formes et l'acceptation peut être déclarée de toute manière... et qu'à côté des contrats formels et non formels, il existe un troisième groupe : les contrats dont la promesse est formelle et l'acceptation dénuée de formes ». A titre d'exemple, Siegel cite la donation et le cautionnement d'après le Landrecht prussien. En présence d'une telle division, les consciences juridiques en éveil se rendront compte de ce que l'acceptation occupe une place subordonnée à côté de la promesse dans les contrats unilatéraux et mérite un traitement différent.

Cette division tripartite n'a qu'un intérêt théorique fort

restreint, les actes composant le troisième groupe se réduisant à presque rien. De plus, ce groupe ne prouve rien contre l'acceptation : pour être dénuée de formes, elle n'en est pas moins exigée. Bref, voilà le cours des idées de Siegel : l'acceptation joue un rôle de plus en plus atténué, souvent elle est dite tacite et les juges, imbus du préjugé de l'acceptation, substituent une volonté fictive à la volonté qui fait défaut.

L'impression qui se dégage de la comparaison des contrats germanique et romain, de la définition de l'acceptation, de la formule stricte à laquelle est soumise l'expression de l'acceptation, est que Siegel a une tendance à envisager le contrat moderne d'une manière très germanique, comme une *stipulatio* à rebours ; que, de plus, d'un tel contrat germanique, il n'y a qu'un pas à faire à l'engagement unilatéral, en supprimant l'acceptation passablement inutile par définition même.

Telle est la construction de Siegel commencée avec une belle hardiesse et se perdant ensuite dans une pauvre division tripartite des contrats. Elle manque de netteté et sa critique serait malaisée, si Ehrlich (1), tout en partageant l'opinion de Siegel, n'avait pas l'avantage d'une formule générale et d'une précision plus grande. Cet auteur affirme que la déclaration tacite couvre les situations juridiques les plus diverses, tout en n'ayant pas de raison d'être autonome. Notamment, cette expression caractérise l'efficacité de la promesse unilatérale, comme source d'engagement. L'auteur envisage une série d'hypothèses pratiques, négligées par les théoriciens de l'engagement unilatéral, où les tribunaux allemands se sont contentés d'une acceptation tacite par le silence.

(1) Ehrlich, *Die stillschweigende Willenserklärung*, Berlin, 1893.

A part ces applications particulières, Ehrlich (p. 225) donne une formule générale : chaque fois qu'on est en présence d'un *einseitig belastendes Versprechen*, d'un contrat unilatéral, qui ne crée d'obligation qu'à la charge d'une partie, on peut parler d'un engagement unilatéral, l'acceptation étant franchement superflue.

Le dogme de la non-efficacité de la promesse non acceptée est trop enraciné pour que le juge s'en affranchît même là, où suivant son sentiment juridique, il statue en sens contraire. Toujours est-il que le principe se fait jour dans la pratique judiciaire qu'une promesse unilatérale fonde un droit d'action, même lorsque son destinataire reste absolument passif : on y voit régulièrement une acceptation tacite.

La question est de savoir, si le silence du destinataire peut passer pour une déclaration tacite de la volonté d'accepter, ou bien si c'est une fiction d'acceptation sous laquelle se cache la réalité d'un engagement unilatéral. En somme, nous voyons une offre et l'absence de refus de cette offre, qu'on qualifie d'acceptation. D'autre part, se demande Ehrlich (p. 235), quelle différence pratique y a-t-il entre la construction : l'offrant qui renonce à la révocabilité de son offre se lie unilatéralement, et l'autre : le destinataire exprime son acceptation par la non-répudiation?

Cette conception est suffisamment précise pour faire l'objet d'une critique. Toute la construction d'Ehrlich repose finalement sur l'acceptation tacite ou plus spécialement sur l'acceptation par le silence. Les limites de la théorie coïncident avec celles de la sphère d'indifférence, déterminée par l'attitude passive du créancier de la promesse unilatérale non acceptée.

L'attitude indifférente du créancier qui est à la base

de cette théorie de l'engagement unilatéral, n'est-elle pas une possibilité purement théorique? Déjà les glossateurs se sont fort embarrassés de la question suivante : où est la limite exacte de la pollicitation et du *pactum tacitum*, et la première ne tend-elle pas à se confondre avec le second (1)? Nous allons revenir à cette question.

Autre objection : la soustraction à la théorie contractuelle de certains contrats unilatéraux, même si elle était réalisable, ne serait qu'une marche en arrière. Il n'est pas conforme à la notion moderne de l'équité de favoriser le développement du caractère unilatéral des contrats; on observe plutôt l'évolution de ces contrats vers le caractère synallagmatique. Exemple : le cautionnement. Or le contrat synallagmatique ne présente point de transition à l'engagement unilatéral : l'idée d'un accord de volonté ne peut en être bannie, parce que le créancier doit manifester la volonté d'assumer la contre-prestation, qui est la cause de l'engagement du promettant.

Autre objection encore et plus importante, d'ordre théorique. Cette construction laisse coexister paisiblement dans le même domaine le contrat et l'engagement unilatéral. La promesse acceptée et la promesse non acceptée seraient toutes les deux obligatoires. Or de deux choses l'une : ou bien la promesse est obligatoire par elle-même, alors l'acceptation est inutile, ou bien seul l'accord des volontés crée l'engagement, dans ce cas, la promesse unilatérale est impuissante à le faire.

Revenons à l'acceptation. Elle exprime la part du créancier dans la formation du lien obligatoire, elle parfait le contrat. On distingue l'acceptation expresse et l'accep-

(1) Schlossmann, *Der Vertrag*, p. 147.

lation tacite (1), suivant la division correspondante des déclarations de volonté. Il y a des auteurs qui nient cette distinction et ne reconnaissent que la déclaration expresse. Même ceux qui l'admettent discutent sur son critère. L'incertitude qui plane sur cette question n'a pas été levée par le Code civil allemand, de sorte que les controverses continuent encore. Elles s'agitent autour du problème de la volonté et de sa déclaration. La volonté humaine est la source constante et féconde d'effets juridiques. On la respecte sous toutes ses formes : même lorsqu'elle est couverte, même lorsqu'elle se cache, une interprétation patiente et équitable la fait apparaître à la lumière du jour. Cependant, une limite s'impose. La volonté doit se manifester pour produire des effets juridiques, elle doit s'extérioriser dans une mesure convenable. La mission du juge n'est pas de découvrir des intentions secrètes. On a trouvé pour mettre de l'ordre dans toutes ces questions la distinction des déclarations expresses et des déclarations tacites.

L'acceptation expresse est celle qui fait l'objet d'une manifestation directe, non équivoque, franche, de la volonté d'accepter. Elle peut être verbale ou écrite, mais elle résulte aussi de toute action impliquant l'intention franche d'accepter, par exemple, du fait de jeter une pièce de monnaie dans un automate, et même du silence dans des hypothèses exceptionnelles : quand une personne donne par anticipation cette signification à son silence, ou bien suivant des usages bien établis. L'acceptation tacite se manifeste d'une manière indirecte par le silence, par des actions, par des paroles même, qui n'impliquent pas

(1) Huschke, *Die stillschweigende Willenserklärung*, thèse, Jena, 1901.

franchement la volonté d'accepter, qui permettent seulement de conclure avec certitude à l'existence de cette volonté. Cette certitude doit être acquise par une conclusion logique tirée des circonstances extérieures, des principes de la bonne foi et des usages, bref par tous les moyens aptes à servir de base à une déduction logique irréprochable. L'acceptation tacite est une acceptation conclusive. Telle est la ligne de conduite qu'on peut donner aux interprètes.

Pour mieux préciser la notion d'acceptation tacite, nous en rapprocherons l'acceptation présumée et l'acceptation fictive.

L'acceptation présumée — il ne s'agit que d'une présomption simple, la présomption *juris* s'identifie avec la déclaration tacite, par contre la présomption *juris et de jure* s'en éloigne en ce qu'elle exclut la volonté — diffère de l'acceptation tacite, parce que la certitude de l'existence de la volonté d'accepter lui manque. Elle ne peut pas servir à parachever le contrat.

C'est vrai, *a fortiori*, de l'acceptation fictive, qui substitue à une volonté réelle la volonté imaginaire d'accepter. Les fictions de cette sorte ne peuvent émaner que du législateur, et dans ce domaine nous ne leur connaissons pas d'applications positives.

Jusqu'ici, nous avons envisagé l'acceptation tacite indépendamment de ses manifestations particulières. La théorie de Ehrlich nous a permis d'entrevoir l'intérêt que présente pour notre sujet l'acceptation par le silence. Le silence est une conduite absolument passive, qui a toutes les apparences de l'absence d'intérêt chez son auteur. Le silence qui nous intéresse est celui qui produit des effets juridiques en donnant lieu à des conclusions. La pratique a su se débrouiller dans ces circonstances, la théorie

a toujours exagéré les difficultés de cette situation.

Quand sera-t-il permis de voir dans le silence une attitude expressive? Quels éléments pourront servir à une conclusion en ce sens? Supposons que l'acte d'un tiers soit venu troubler la conscience de la personne silencieuse. Il est d'abord une première circonstance importante : c'est la connaissance par le destinataire de l'acte qui lui est adressé. Ajoutons tout de suite l'intérêt que la personne silencieuse porte à l'acte du tiers et le pouvoir de décider dans un sens ou dans l'autre. La présence des deux parties supprime toute équivoque. Ces éléments réunis, le silence n'est plus une attitude muette, il devient expressif : il dit quelque chose, oui ou non.

Kritz (1) se demande : toute promesse ne doit-elle pas être déclarée dans la direction du destinataire? Et alors il arrivera de deux choses l'une : ou bien il exprimera la volonté d'accepter ou de répudier par des paroles ou par des gestes, ou bien il ne dira rien, et alors son attitude passive, eu égard aux circonstances, donnera lieu à une conclusion certaine. La promesse, qui est unilatérale au moment de son émission, se transforme quelque temps après en un contrat ou bien en une déclaration n'ayant aucune valeur juridique.

L'absence de l'une des parties enlève beaucoup de certitude à la conclusion, et les juges doivent se montrer plus exigeants en ce cas. Cependant, il serait antijuridique d'introduire une séparation fondamentale de l'acceptation tacite entre présents et entre absents.

Où les théoriciens de l'engagement unilatéral veulent-ils le loger ici? *Pollicitatio* ou *pactum tacitum?* Un engagement unilatéral, qui a une tendance aussi fatale à se

(1) *Rechtsfälle*, t. II, p. 143.

transformer en un contrat, en un accord de volontés, manque de vitalité et de solidité, en ne manquant pas de ridicule.

Schlossmann (1) évoque la *pollicitatio* romaine transportée dans nos temps modernes : « Le citoyen apparaît devant le maire et formule une promesse. Le maire évite de répondre à cette promesse, ne serait-ce que pour exprimer sa gratitude. S'il le faisait ou s'il laissait paraître sur son visage son consentement, ce ne serait plus une *pollicitatio*, mais un *pactum* ».

Ou bien l'engagement unilatéral serait-il une promesse faite en chambre obscure?

Faut-il s'étonner encore que tous les bons esprits aient condamné la volonté unilatérale, comme source d'obligation, équivalente au contrat, et qu'ils ne se soient décidés à la reconnaître qu'à titre exceptionnel, sur la base d'une disposition expresse de la loi? Certes, l'engagement unilatéral est impuissant là où le contrat est maître, c'est-à-dire entre personnes déterminées. Ici, l'effort commun, la collaboration, l'entente paraissent tout indiqués, l'offre s'adresse à quelqu'un pour attendre de lui son efficacité.

Au contraire, il y a un domaine où la notion de contrat est déplacée, où le rôle du promettant est si considérable, si unique, que l'idée de la puissance de la volonté isolée se substitue irrésistiblement à celle de l'accord des volontés. C'est le domaine de l'engagement à créancier indéterminé.

(1) *Der Vertrag*, p. 147, note 2.

CHAPITRE II

THÉORIE DE L'ENGAGEMENT UNILATERAL A CRÉANCIER INDÉTERMINÉ

L'engagement unilatéral est un engagement à créancier indéterminé.

L'engagement unilatéral est un acte de réalisation successive.

Poser le problème de l'efficacité de la promesse unilatérale non acceptée, n'est-ce pas aborder, sous une formule vulgaire, la question si délicate de l'autonomie de la volonté?

« L'autonomie de la volonté n'est-elle consacrée comme génératrice de droits, que lorsqu'elle se traduit en un contrat proprement dit? Ne se réalise-t-elle pas avec plus de plénitude par des actes entre vifs issus d'une seule volonté? » (1).

Nous avons répondu par une distinction entre les promesses à créancier déterminé et les promesses à créancier indéterminé. Nous avons nié l'efficacité des premières en dehors de l'acceptation du créancier, en nous conformant à une tradition historique inébranlable et à l'opinion quasi unanime de la doctrine des différents pays. Certes, c'est

(1) Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, p. 532.

limiter considérablement la portée de l'autonomie de la volonté, mais ce principe n'a-t-il pas été exalté outre mesure par les partisans de la théorie de l'engagement unilatéral, que nous avons qualifiée du nom de théorie de la pollicitation? La question de l'autonomie de la volonté « ne se peut trancher par la seule considération de la volonté elle-même et des circonstances qui en révèlent la portée ».

Les conditions de l'efficacité de la volonté privée « ne se peuvent déterminer en dehors de toute analyse du contenu des volitions particulières, exprimées dans un cas donné, qu'en tenant compte des intérêts tant sociaux qu'individuels » (1).

Préconiser « la faculté, pour chacun, de profiter à son gré, des engagements auxquels s'est astreinte la libre volonté du promettant..., ce serait, à mon avis, dépasser le but et exposer l'idée nouvelle à un échec sans remède (2). Car, c'est omettre de tracer les contours précis du nouveau mode d'engagement, de le délimiter, ajouterons-nous. « On ne voit pas où la théorie s'arrête.... Elle veut s'implanter dans tout le droit des obligations et alors on est autorisé à lui demander : quel est au juste ton cercle d'action? Dans quel périmètre veux-tu l'enfermer? » (3). Ces doléances sont générales et des plus justifiées.

L'idée qui se présente à l'esprit tout naturellement et qui n'a pas été suffisamment exploitée est la suivante : « On se trouvera amené à déclarer obligatoires, non pas toutes les promesses unilatérales, mais celles-là seulement qui paraîtront indispensables pour atteindre un résultat

(1) Geny, *op. cit.*, p. 529.
(2) *Id.*, *ibid.*, p. 535.
(3) Thaller, *Nature juridique du titre de crédit*, p. 38.

socialement désirable et impossible à réaliser pratiquement par une autre voie » (1).

Or, la formule nette et catégorique, que nous proposons dans cet ordre d'idées, est celle de la promesse unilatérale non acceptable, comme génératrice d'effets de droit, par opposition à la promesse non acceptée, conception faussè, due à une erreur historique. D'autre part, notre tâche est particulièrement facilitée par les dispositions positives du Code civil allemand, qui présentent la réalisation techniquement juridique de l'idée d'engagement unilatéral. L'idée qui domine les trois institutions à fondement unilatéral, admises par lui, la promesse de récompense, la fondation, la dette souscrite au porteur, est, sans conteste, leur destination à des créanciers indéterminés.

L'association des notions de promesse non acceptable et d'engagement à créancier indéterminé nous permettra d'esquisser une théorie homogène de l'engagement unilatéral, modelée, d'ailleurs, dans ses moindres détails sur le droit positif allemand. Cette théorie, nettement définie, au domaine étroitement circonscrit, échappera aux critiques, dont fut l'objet la théorie de la pollicitation. A mesure qu'elle entre dans l'esprit, à mesure qu'elle se révèle à l'examen attentif des dispositions du Code civil allemand, elle apparaît comme l'expression même de la vérité. C'est la séduction de sa simplicité qui nous a encouragés à orienter nos recherches dans cette voie, malgré le faible appui de la doctrine allemande. Le seul auteur, à notre connaissance, qui ait admis la possibilité d'une pareille construction, fut Behrend, dans son bel ouvrage sur *la fondation* (1). Plus d'une fois nous nous inspirerons de ses vues larges, de ses aperçus d'une justesse pénétrante. La géné-

(1) Geny, *op. cit.*, p. 536.
(2) *Die Stiftungen*, Marburg, 1905, p. 355.

ralité de la doctrine a négligé notre problème dans son ensemble, absorbée par le soin de dégager les principes des institutions particulières et distraite surtout par les théories d'une importance plus immédiate écloses en abondance à la suite de la rédaction du nouveau Code.

L'idée d'un engagement à créancier indéterminé, réalisé par voie de promesse unilatérale, a glissé dans maints esprits, comme une ombre, sans prendre corps toutefois.

M. Tarde (1) l'a effleurée : « Mais dans les cas qui vont se multipliant, on est donc obligé... d'accorder force juridique à des promesses non encore acceptées. Sans cesse se multiplient les engagements avec les personnes indéterminées, qui, bien entendu, ne sauraient accepter ce qu'elles ignorent, sans cesse se multiplient les titres au porteur, les assurances sur la vie, les réclames, les prospectus ».

M. Saleilles s'y est arrêté pour un moment : « En général, l'engagement par voie de volonté unilatérale est un engagement envers un créancier indéterminé, témoin la promesse de récompense » (2).

Nous assignons à chacune des sources d'obligation volontaire, à la volonté unilatérale et à l'accord des volontés, un domaine indépendant : celui de l'engagement à créancier indéterminé sera desservi par la première, et celui de l'engagement à créancier déterminé sera soumis au régime du contrat. Les deux modes d'engagement devront se cantonner dans leurs domaines respectifs, impénétrables mutuellement. Les limites de ces derniers sont définies par la nature des choses, pourrait-on dire, car si l'initiative souveraine de la volonté unilatérale paraît déplacée entre personnes déterminées, où l'entente, l'effort commun sont

(1) *Les transformations du droit*, p. 117.

(2) *Étude de la théorie générale de l'obligation*, 2e éd., p. 273, en note.

plus indiqués, on ne conçoit pas, d'autre part, la possibilité d'un accord de volontés entre un débiteur et un créancier indéterminé.

Mais on observe en droit allemand la tendance à aggraver la barrière naturelle, qui sépare les champs d'application des deux formes de l'activité juridique, par des limitations d'ordre juridique. Le contrat en faveur de tiers offre dans la plupart des législations un moyen indirect de faire acquérir des droits à des tiers déterminés ou non, sans que ces derniers aient concouru à la formation de l'obligation du promettant. Or la doctrine allemande tend à considérer les engagements à créancier indéterminé reconnus par le Code civil, comme essentiellement unilatéraux, et comme tels, libres de tous liens contractuels, dont les parties aient pu les envelopper. Que le contrat initial, qui a motivé la promesse de récompense, l'acte de fondation ou la souscription d'une dette au porteur, soit nul, la validité de ces actes n'en sera aucunement entamée. Ils n'obéissent qu'à leurs règles propres (1). Ce caractère de l'acte unilatéral est quelquefois qualifié d'abstrait par les auteurs (à propos de l'acte de fondation, notamment), malgré le sens technique quelque peu différent de ce terme, qui le rend mal approprié en cette circonstance.

Le caractère abstrait de l'acte unilatéral, son caractère souverain, dirons-nous plus volontiers, n'est que la répercussion d'une idée, qui traverse toute cette matière, comme un courant puissant : l'inspiration de l'engagement unilatéral vient du droit public. Sa reconnaissance est la consécration des tendances sociales du nouveau Code, car l'acte unilatéral est un instrument unique au service des intérêts généraux, du public.

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 272, en note.

Quoi de plus significatif pour l'intelligence du rôle de l'acte unilatéral, que l'exemple du droit public lui-même?

« Il n'y a pas de catégories spécifiques de formes juridiques de droit privé ou de droit public; tout le domaine du droit est gouverné par les mêmes sortes de causes d'effets juridiques. On peut relever deux types généraux. L'effet de droit est produit tantôt par une déclaration unilatérale, tantôt par des déclarations concordantes de la volonté » (1).

« Les actes juridiques de droit administratif sont, comme dans le domaine du droit privé, soit des contrats, soit des dispositions unilatérales » (2).

« Tandis que, dans le droit privé, l'engagement unilatéral, par un acte légal de la volonté, constitue une exception rare, l'engagement unilatéral est la règle chez l'État » (3).

M. Duguit (4) disserte longuement sur l'acte juridique en droit public, qu'il déclare essentiellement unilatéral, en augurant une transformation correspondante en droit privé.

A priori, on ne conçoit que la manifestation unilatérale de la volonté pour faire face à la « masse confuse et désarmée des administrés ». De même, « les Allemands ont essayé de plier leur droit privé aux exigences du commerce contemporain, qui procède par offres publiques, faites à des masses confuses et ignorantes » (5).

Un nouveau champ d'activité, touchant de près à celui de l'État lui-même, s'offre désormais à l'initiative individuelle, modelée dans sa manifestation sur celle de l'État.

(1) Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905, p. 204.

(2) Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 3e éd., t. I, p. 656.

(3) Jellinek, *op. cit.*, p. 195.

(4) *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, t. I, p. 139.

(5) Hauriou, *La déclaration de volonté dans le droit administratif français* (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 545).

Le contact avec de nombreux intérêts, résultant d'un engagement à créancier indéterminé, peut procéder d'un mobile égoïste, comme il peut appuyer des préoccupations altruistes. Il suffit de nommer la promesse de récompense, la fondation et les dettes négociables pour entrevoir la diversité et la multiplicité de leurs applications. La volonté unilatérale, par son indépendance même de tout accord, de toute entente commune, est d'une envolée, d'une portée, que ne peut atteindre le contrat dans sa sphère étroite d'intérêts restreints à un cercle de personnes individuellement désignées. Elle devient un levier puissant de l'évolution économique, du progrès social.

L'influence du droit public éclate à chaque pas en cette matière. Nous nous sommes abstenus jusqu'ici de formuler la notion de l'indétermination du créancier, capitale pour la démarcation de la sphère d'action de l'engagement unilatéral. Cette notion paraît sortie du droit public : c'est celle de l'indétermination la plus complète, la plus large, qu'on puisse concevoir, car elle doit être corroborée par la notion de popularité, de la destination populaire de l'engagement unilatéral; c'est dans le public que devra être recruté le créancier indéterminé. C'est si vrai, que nous nous demanderons plus loin, avec les commentateurs du Code civil allemand, si telle promesse de récompense vise un créancier suffisamment indéterminé pour permettre l'emploi de l'engagement unilatéral.

L'intervention de l'État est fréquente en cette matière : la dette souscrite au porteur, contenant promesse de paiement d'une somme d'argent déterminée ne peut être émise qu'avec l'autorisation de l'État. La personne juridique de la fondation est le résultat d'une collaboration étroite de l'État et du particulier, et le fonctionnement de la fondation est contrôlé par l'État.

L'esquisse de la théorie de l'engagement unilatéral, que nous donnons dans ce chapitre, quoique ébauchée seulement dans ses lignes générales, ne serait pas complète cependant, si nous omettions de faire valoir ici un autre trait caractéristique de l'engagement unilatéral. Qu'entend-on exactement par efficacité juridique de la promesse unilatérale? Quels sont ses effets? Les besoins de la pratique ont fait sentir l'intérêt qu'il pouvait y avoir à faire acquérir un droit de créance à certaines personnes, sans que ces dernières aient participé par leur volonté à leur propre enrichissement. Ce résultat n'aurait pu être atteint qu'en reconnaissant la faculté au promettant de s'obliger valablement par sa volonté seule. Ces deux aspects de l'engagement unilatéral se confondaient dans la théorie de la pollicitation, qui préconisait l'engagement unilatéral entre personnes déterminées, car en supposant que c'eût été admis, le bénéficiaire d'une pareille promesse, parfaitement individualisé, aurait été rendu créancier au moment même où le débiteur assumait la charge passive de l'obligation. Le rapport obligatoire aurait été créé immédiatement par l'effet de la promesse unilatérale. Il n'en est pas de même dans la conception de l'engagement à créancier indéterminé. Le promettant est déjà valablement obligé, il est tenu juridiquement, en face d'un créancier indéterminé, ou plutôt, en l'absence de tout créancier. A un autre moment la personne du créancier se déterminera, ce dernier bénéficiera d'une créance, le rapport obligatoire sera formé entre créancier et débiteur. Les deux effets principaux de l'engagement unilatéral, la création d'une dette et l'acquisition d'une créance à un tiers, loin de se confondre, sont nettement distincts. L'engagement unilatéral apparaît dans ses effets, comme un acte de réalisation successive. L'étude des différentes insti-

tutions qui se rattachent à la nouvelle source d'obligation nous permettra de donner du relief et de la vie à cette assertion schématique.

Le domaine de l'engagement unilatéral a été convoité par les contrats en faveur de tiers ou, pour employer l'expression française, par la stipulation pour autrui (1). Les effets de cette dernière sont sensiblement analogues à ceux produits par un engagement unilatéral, mais le fondement des deux actes n'est pas le même, car la stipulation pour autrui est un contrat : elle représente un engagement pris avec quelqu'un, une promesse acceptée. Ensuite, leurs domaines respectifs sont distincts : celui de l'engagement unilatéral est impénétrable et réservé à la promesse populaire. Par conséquent, on peut affirmer *a priori* que la notion d'indétermination ne sera pas la même en matière de stipulation pour autrui. De plus, cette dernière peut profiter à des tiers déterminés, elle se cantonne donc dans un domaine intermédiaire entre le contrat et l'acte unilatéral.

Pour toutes ces raisons, nous ne jugeons pas utile de réunir dans un seul et même exposé deux institutions aussi différentes.

La théorie de l'engagement unilatéral présente un intérêt scientifique considérable : elle touche à toutes les notions fondamentales du droit des obligations, elle les met toutes à l'épreuve. Elle verse aussi une lumière nouvelle sur des problèmes d'ordre général, notamment sur celui du sujet de droit. Chaque fois qu'on était en présence d'une affectation d'un élément du patrimoine, ou plus

(1) Lacroix, *Étude de l'une des sources de l'engagement sur soi-même à créancier indéterminé*, thèse, Paris, 1903-1904.

spécialement d'une obligation destinée à un sujet actif indéterminé, les auteurs mettaient en cause ce problème fondamental et n'a-t-il pas reçu des solutions aussi curieuses que multiples (1)? Il ne s'est agi ni plus, ni moins, que de découvrir un sujet de droit là où manifestement il faisait défaut. La théorie de l'engagement unilatéral contribue à mettre de la clarté dans ces conceptions abstraites. Pernice a signalé cet intérêt dès que parut le livre de Siegel. Nous aurons l'occasion d'y revenir au cours de l'exposé (2).

La volonté unilatérale constitue une seconde source d'obligation volontaire à côté du contrat, ni inférieure, ni exceptionnelle, mais équivalente et d'une importance pratique croissante, car le développement formidable des relations économiques tend à assigner une place de plus en plus grande au créancier indéterminé. Le Code civil allemand, qui s'est inspiré des exigences de la vie moderne, en fait foi; il consacre pleinement et entièrement trois institutions qui épuisent, par leur portée, la notion d'engagement unilatéral : la promesse de récompense, la fondation, la dette souscrite au porteur. Nous donnerons plus loin, en étudiant ces institutions en particulier, la justification de cette assertion. Dès maintenant, nous pouvons la faire entrevoir, en introduisant en cette matière une distinction qui correspond à celle admise par le droit allemand sur le terrain du contrat. On peut séparer l'engagement unilatéral concret, non dégagé de sa cause, qui en est un élément de validité, et l'engagement unilatéral abstrait, détaché de sa cause juridique. Le premier est

(1) Stammler, *Unbestimmtheit des Rechtssubjekts*, Giessen, 1907.
(2) *Goldschmidt's Zeitschrift*, t. XX, p. 291.

représenté par la promesse de récompense et la fondation ; le second, par la dette souscrite au porteur.

Les commentateurs allemands, en mesurant l'engagement unilatéral sur la notion de la pollicitation, considèrent, que les législateurs, ayant accordé une si large place au contrat, n'ont admis la volonté unilatérale, comme source d'engagement, qu'exceptionnellement, dans les cas fixés par la loi (1). Ils argumentent aussi de l'art. 305 du Code civil allemand :

> « Pour la formation d'un rapport d'obligation par acte juridique, comme pour toute modification du contenu d'un rapport d'obligation, est exigé un contrat passé entre les intéressés, en tant que la loi n'en dispose pas autrement ».

Cet article contiendrait une affirmation de principe et une restriction. Par la première, serait consommé le rejet de l'engagement unilatéral, comme mode de droit commun de formation des obligations, la seconde viserait les trois institutions prévues par les art. 80, 657 et 793 du Code civil.

Cette interprétation étroite a été vivement combattue par Behrend (2). D'abord, elle est démentie par la portée véritable des institutions, que l'opinion dominante qualifie de singularités, et que le Code civil a adoptées avec la plénitude des effets qu'elles comportent. L'expression *en tant que* du texte ne saurait pas préjuger la question si grave de la valeur de la nouvelle source d'engagement.

De plus, l'esprit général du Code est manifestement contraire à cette manière de voir. La division bipartite des modes de formation des engagements pénètre toutes les [illegible]. Nous l'avons vu pour le *commercium inter*

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 149.
(2) *Op. cit.*, p. 333.

vivos, où le législateur a opposé l'engagement sur soi-même à l'engagement à l'égard d'une autre volonté, la *Selbstbindung* à la *Bindung gegenüber fremden Willen*, selon la terminologie de Behrend (1). Le *commercium mortis causa* offre un aspect analogue : à côté du testament, œuvre de la dernière volonté, qui a joui de tout temps de la sanction juridique, figure le contrat d'hérédité, dont la réception illustre abondamment les tendances du Code et la signification qu'il prête à la dualité des modes d'engagement volontaire. On la retrouve même dans la classification des personnes juridiques, reconnues par le Code civil : on voit, d'une part, la fondation, issue de la volonté unilatérale, et, d'autre part, l'association, œuvre commune de plusieurs volontés (2).

Nous ferons suivre cette première partie préliminaire de deux autres, traitant successivement de l'engagement unilatéral concret et de l'engagement unilatéral abstrait.

Nous n'avons donné jusqu'ici, à dessein, qu'une ébauche très vague de la nouvelle conception. Nous en dégagerons les principes essentiels, après avoir fait connaître ses fondements positifs.

Cette méthode nous paraît mieux appropriée à l'exposé de phénomènes originaux et modernes, sans précédents dans la science du droit.

(1) *Op. cit.*, p. 321.
(2) Behrend, *op. cit.*, p. 363.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'ENGAGEMENT UNILATÉRAL CONCRET

CHAPITRE I

LA PROMESSE DE RECOMPENSE

SECTION I

LA PROMESSE DE RÉCOMPENSE DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND

Le Code civil allemand dispose dans son art. 657 :

> « Quiconque par annonce publique alloue une prime pour l'accomplissement d'un fait, spécialement pour l'obtention d'un résultat, est obligé d'acquitter la récompense à celui qui a accompli le fait, alors même que celui-ci n'aurait pas agi en considération de la promesse de récompense ».

Nous avons là une définition des plus complètes de la promesse de récompense.

« Quiconque alloue une prime... est obligé », souligne fort bien le caractère unilatéral de l'acte : « Par annonce publique », c'est la promesse publique, populaire [1], à créancier indéterminé.

(1) Ihering, *Dogm. Jahrb.*, t. IV, p. 101.

« Pour l'accomplissement d'un fait », c'est un engagement concret, dépendant de sa cause, et même par cette formule, la loi confère à l'acte une nuance synallagmatique.

Voici quelques applications courantes :

a) Récompense à celui qui trouvera et restituera des objets perdus.

b) A celui qui révélera une action punissable et le malfaiteur.

c) Récompense de découvertes ou d'inventions scientifiques, artistiques, industrielles ou commerciales.

d) Concours pour la solution de problèmes d'ordre scientifique, artistique ou autres; couronnement d'un succès à une exposition ou dans les différents domaines du sport.

Cette dernière série d'hypothèses, les concours à prix, a été réglementée spécialement par l'art. 661.

En somme, la promesse de récompense est « l'affectation d'un prix à une personne, qui ne sera déterminée que par l'exécution d'une prestation désignée par le promettant » (1).

Nous voyons, d'une part, la fixation d'un prix, et d'autre part, une prestation. Peut-on parler devant une pareille définition d'engagement unilatéral particulier, comme on emploie le terme de contrat particulier, vente, louage, etc., par opposition au contrat tout court, mode d'obligation? Non, cette formule est très générale, elle est même d'une souplesse admirable : l'allocation d'une prime prévue par le texte couvre tous les objets imaginables d'un engagement juridique et l'accomplissement d'un fait n'englobe-t-il pas la diversité des causes d'une obligation valable?

La promesse de récompense ne peut-elle pas réaliser un achat, un louage de services ou d'ouvrage, un mandat, un prêt, une donation enfin?

(1) Elster, *Archiv für bürg. Recht*, t. XVIII, p. 139.

Elle n'est pas une application de l'idée d'engagement unilatéral, comme l'affirment couramment les auteurs, elle est l'engagement unilatéral lui-même sous sa forme concrète, nouvelle source d'obligation volontaire, que vient consacrer le Code civil allemand. Désormais, la volonté individuelle pour produire des effets juridiques n'a pas besoin de s'unir à une autre ; souverainement, elle en prendra seule l'initiative et la responsabilité. Mais c'est une prérogative qui lui est réservée en face d'un créancier indéterminé et il faut se poser la question, tout d'abord : qu'entend-on par indétermination du créancier en matière de promesse de récompense ? Quand un créancier est-il considéré comme suffisamment indéterminé pour permettre l'emploi de l'engagement unilatéral?

En cette matière, le créancier indéterminé n'est pas seulement la personne non individualisée pour le promettant, inconnue ou incertaine. La notion d'indétermination est doublée ici par la notion de popularité, qui désigne un cercle de personnes non déterminées individuellement, ni numériquement (1). Le créancier indéterminé ne peut être recruté que dans ce cercle vaste, auquel s'adresse la promesse de récompense. La liberté doit être laissée à n'importe qui et à n'importe combien de personnes de se joindre aux concurrents. Cependant la popularité ne doit pas être entendue dans un sens trop absolu. La promesse peut viser les habitants d'une ville, par exemple, les abonnés d'un journal, sans pour cela perdre son caractère populaire, public.

Il importe seulement que les personnes, à la connaissance desquelles est porté l'engagement, ne soient pas unies

(1) Staudinger, *Kommentar zum B. G. B.*, t. II, p. 1164 ; v. Mayr, *Auslobung*, 1905, p. 15.

par des rapports personnels tels, qu'ils leur confèreraient un aspect extérieurement fermé et inaccessible. Cette remarque contribue à résoudre la question controversée d'une promesse de récompense à l'intérieur d'une association. Il faut distinguer suivant son but et son organisation et selon la nature des liens qui unissent ses membres. Il en résulterait peut-être qu'une promesse de récompense pour une invention au sein d'une association d'hommes de métier ne serait pas considérée comme publique, tandis qu'elle le serait dans un cercle mondain (1).

Planck (2) estime que la promesse de récompense, communiquée aux membres d'une association, n'est pas publique, et par conséquent, ne peut être efficace comme telle. Mais quoique non valable comme engagement unilatéral, pour défaut d'indétermination du créancier, elle peut se trouver validée à titre d'offre de contrat, si elle en réunit les éléments.

§ 1. — Conditions de validité et leur sanction.

A. *Conditions de validité.* — La volonté tendant à produire des effets juridiques doit s'extérioriser, se manifester par une déclaration. *A priori,* la déclaration de la volonté doit être plus intense, plus significative en cette matière, plus formelle, pour les raisons suivantes :

a) Elle fixe le moment qui sépare la volonté hésitante de la volonté arrêtée et elle fait preuve de l'intention sérieuse de s'engager. Le danger des « promesses en l'air » n'a-t-il pas été un argument courant contre l'admission de l'engagement unilatéral?

(1) Elster, *op. cit.*, p. 134.
(2) *Kommentar*, t. II, p. 403.

b) En second lieu, elle doit tendre à sauvegarder le principe de popularité, que nous avons dégagé précédemment, par la réalisation d'une publicité technique, qui consiste à porter l'acte à la connaissance du public, à le mettre en contact avec le public, avec la multitude, dans laquelle s'individualisera à un moment donné le créancier indéterminé encore.

Dans le Code civil allemand, la promesse de récompense est une déclaration ne s'adressant à personne, conformément à une distinction capitale des déclarations de volonté, par conséquent, n'exigeant pas réception par le destinataire pour parfaire sa validité. Elle adopte la forme de l'annonce publique. Il faut l'entendre largement : l'affichage, l'insertion dans les journaux, la publicité orale, toute forme est admissible qui sert la cause de la publicité. On conçoit une déclaration tacite : qu'on se souvienne de la coutume populaire d'attacher des récompenses, des prix, au sommet d'un arbre au profit de celui qui l'atteindra le premier. Il va sans dire que l'annonce publique serait impuissante à remédier au défaut d'indétermination du créancier.

La volonté de s'engager doit être libre et exempte des vices d'erreur, de dol et de violence. Les principes du droit commun sont applicables ici. Signalons une particularité concernant le dol. En règle générale, la nullité pour dol a un caractère personnel, le dol n'étant considéré, que s'il émane de l'autre partie à l'acte. Or, la promesse de récompense, en sa qualité de déclaration ne s'adressant à personne, est annulable, de quelque personne que le dol provienne.

L'intention de s'engager doit être sérieuse (art. 118 C. civ. all.) :

> « Une déclaration de volonté ne correspondant à aucune intention sérieuse, qui est émise dans l'at-

tente que ce défaut de sérieux ne sera pas méconnu, est nulle ».

Dans cet ordre d'idées, on s'est demandé, si toute une catégorie de promesses de récompense ne devait pas être proscrite pour défaut de sérieux. Il s'agit des pseudo-promesses de récompense, de promesses dites négatives. Ce sont des prestations à fin de réclame, qui reposent sur l'espoir que la prestation exigée ne sera pas accomplie. Par exemple, une récompense est allouée à celui, qui découvrira tels défauts à telle marchandise : « 1.000 francs à celui qui démontrera que tel remède est inefficace ».

Que faut-il en penser? Des réclames pareilles sont très courantes, elles remplissent littéralement les colonnes des journaux. Faut-il leur dénier *a priori* toute valeur juridique? Schütze (1) le premier, a lancé cette question, qui a fait beaucoup de bruit. Ces promesses, dit-il, ne peuvent recevoir une sanction juridique, le caractère sérieux leur faisant défaut.

En premier lieu le promettant n'aurait aucun intérêt à l'accomplissement de la prestation. Pas d'intérêt, pas d'obligation. Mais cette affirmation est gratuite pour bien des cas. Supposons qu'un imprimeur désirât s'assurer de la perfection de son œuvre et que dans ce but il décernât une récompense à celui qui relèvera une faute d'impression. Il y a là un intérêt sérieux et respectable, que les juges apprécieront selon les circonstances.

En second lieu, on constate souvent dans ces réclames une certaine disproportion entre la prestation demandée et la récompense offerte, cette dernière étant ridiculement exagérée. Cette disproportion ne peut pas constituer un critère objectif. Moins le promettant compte sur la réali-

(1) *Jahrb. des gem. Rechts*, t. V, p. 47.

sation du fait, plus il élève la récompense, sans que pour cela son intention de s'engager puisse être mise en doute. Il assume volontairement un risque.

Schütze avance un troisième argument qui prouverait trop, car il s'attaque dans la même mesure aux promesses de récompense positives : la prestation serait susceptible de se répéter à l'infini. Cela dépend des intentions du promettant : il aurait pu n'entendre récompenser que la première prestation.

Après la défaite de Schütze, la lutte reprit de plus belle avec un renfort d'arguments. La promesse de récompense négative constituerait un pari populaire, soutinrent les auteurs à la suite d'un rapprochement fait par Ihering[1] : c'est un pari unilatéral, dans lequel une seule personne s'engage au nom de l'exactitude de son affirmation, un pari *in incertam personam*. Un tel acte juridique n'est pas prévu par la loi positive, une pareille promesse est inefficace par analogie avec le pari entre personnes déterminées.

Mais encore faut-il distinguer[2] : un tel pari unilatéral ne serait nul d'après les règles de la promesse de récompense, que si la prestation demandée ne présentait aucun intérêt pour le promettant. Or, ce n'est pas toujours le cas, et nous citerons une solution récente de la jurisprudence allemande, qui éclaira d'une lumière nouvelle toute cette question.

Le chapelain Dasbach a promis de payer 2.000 gulden à celui qui pourra démontrer que les écrits des Jésuites enseignent le principe : « La fin justifie les moyens ». Le désir du Chapelain allait certainement vers la non-réalisa-

(1) *Dogm. Jahrb.*, t. IV, p. 100.
(2) Staudinger, *Komm.*, t. II, p. 1376.

tion de la prestation désignée comme cause de la récompense, mais l'intérêt qu'il lui portait n'en était pas moins sérieux. Le Landsgericht de Trèves a envisagé la déclaration du Chapelain comme un pari par sa décision du 1er juin 1904. Par contre, l'Oberlandsgericht de Cologne a discerné dans cette déclaration les éléments d'une promesse de récompense valable. Décision du 30 mars 1905.

Il ressort des explications données qu'il est impossible, sans heurter des intérêts sérieux, de refuser la sanction juridique à toute une catégorie de promesses, de les mettre en dehors de la loi, attendu qu'on n'a pas réussi à établir un critère objectif, qui aurait permis de les reconnaître. Les juges devront apprécier les circonstances concrètes en s'inspirant des règles de l'équité et de la bonne foi.

Le promettant dans une promesse de récompense est soumis à l'exigence de capacité du droit commun.

L'objet de la promesse, la récompense, consiste *a dare*, *facere* ou *præstare*, en la constitution d'un droit réel, en un fait ou en une prestation. Il doit réunir les conditions exigées de droit commun : être possible, ne pas être contraire à la loi, ni aux bonnes mœurs; être déterminé : une récompense élevée est suffisamment déterminée; présenter un avantage pour le créancier, car pas d'intérêt, pas d'action, et le créancier d'un engagement unilatéral est muni d'une action. Le plus souvent, la récompense sera pécuniaire.

Passons à la cause de la promesse de récompense. Nous avons envisagé cette dernière dès le début, comme l'expression même de l'engagement unilatéral concret, de l'acte juridique dépendant d'une cause, à la différence des actes abstraits. La cause de la promesse de récompense réside dans la prestation du créancier, dans une prestation objective, accomplie en dehors de toute obligation, car la

volonté unilatérale est impuissante à faire naître des obligations à la charge de tiers. Sa portée est limitée à la création de créances au profit de bénéficiaires indéterminés.

La notion traditionnelle de la cause est d'une importance dominante en cette matière. Et si en France, on a voulu douter de sa valeur et de son utilité dans le domaine du contrat, la théorie nouvelle vient la parer d'un éclat singulier, car la cause est un élément fondamental de l'engagement unilatéral concret. Thaller (1) s'est fait l'interprète des idées révolutionnaires qui ont cours en France sur l'opportunité de la cause. « On supprimerait du Code civil l'exigence de la cause que rien ne serait changé dans les résultats!... La cause de l'obligation dans le contrat à titre onéreux, a dit Domat, c'est l'obligation prise par la partie adverse.... N'est-ce pas commettre une tautologie?... Un contrat à titre onéreux veut deux obligations, deux prescriptions symétriques. Si l'une ou l'autre de ces prestations est absente, le contrat pèche par défaut d'objet. A quoi bon reprendre le même élément, l'objet, pour en faire sous le nom de cause, la condition de la dette opposée? C'est une répétition bien inutile ». La théorie de l'engagement unilatéral apporte un démenti formel à cette conception, car elle ne connaît pas « l'objet de l'autre obligation », l'autre obligation n'existant pas. Loin de supprimer l'exigence de la cause au Code civil, il faut la conserver pour l'étendre à l'engagement unilatéral.

Cette cause, nous la qualifierons d'objective à la différence de la cause contractuelle, qui apparaît comme subjective, en ce qu'elle caractérise la prestation d'une personne déterminée. Le promettant dans l'engagement

(1) *De la nature juridique des titres de crédit*, p. 13.

unilatéral concret s'engage en vue d'un fait objectif. Son étendue est librement fixée par la volonté seule du promettant.

La cause de l'engagement unilatéral concret a la fonction importante de servir à déterminer la personne du créancier. La réalisation du fait objectif prévu par la promesse, désignera le bénéficiaire de la récompense.

Les commentateurs allemands n'invoquent pas la théorie de la cause qui ne leur est pas familière. Ils envisagent la contre-prestation visée par l'art. 657, comme une condition, apposée par le promettant à son engagement (1). Pour caractériser cette condition, ils jugent nécessaire d'apporter les précisions suivantes : Ihering propose de se tenir aux conditions simplement potestatives; v. Mayr (2) exclut expressément les événements indépendants de la volonté humaine, ce qui enlève au vœu la sanction juridique; Staudinger (3) condamne la récompense d'un état de fait, auquel la volonté du bénéficiaire n'aurait pas participé, par exemple, la récompense au profit de celui qui aura éprouvé l'efficacité d'un médicament.

L'introduction de la notion de la cause à la place de la conception fort douteuse de la condition rend superflues ces limitations, parce qu'elle les implique.

Il ne faut pas hésiter à repousser cette conception. La cause de l'engagement unilatéral, dont la réalisation décidera le sort de l'acte, en déterminant la personne du créancier, ne peut n'être qu'une condition, qu'une circonstance accessoire de l'acte. Von Mayr (4) souligne notre pensée : « La prestation exigée est le but déterminant de

(1) Ihering, *Dogm. Jahrb.*, t. IV, p. 98; Elster, *op. cit.*, p. 136.
(2) *Op. cit.*, p. 78.
(3) *Komm.*, t. II, p. 1165.
(4) *Op. cit.*, p. 124.

la promesse de récompense.... Cela contredit la nature de la condition qui n'est qu'une circonstance accessoire.... Envisagée comme condition la prestation ne peut être qu'une *condicio juris* ». Elle n'est pas une condition, elle est la cause de l'acte.

Quels sont les caractères de cette cause? Réelle, licite, possible et non contraire aux bonnes mœurs, voilà les traits généraux bien connus qui caractérisent la cause de la promesse de récompense comme celle d'une obligation contractuelle.

Le législateur exige une prestation et cette exigence constitue une réelle limitation du domaine d'application de l'engagement unilatéral concret. Par suite ne pourra pas faire l'objet d'une promesse de récompense faute de cause juridique suffisante, la donation au plus pauvre de la commune, aux veuves et enfants de soldats tombés sur le champ de bataille, etc.

L'accomplissement du fait, qui constitue la cause de la promesse de récompense, doit présenter un intérêt personnel pour le promettant, non pas en vertu du principe : pas d'intérêt, pas d'action, car le promettant n'étant pas créancier, n'aura pas d'action, mais pour garantir le caractère sérieux de l'engagement.

La notion de l'intérêt doit être interprétée largement. L'intérêt n'est pas toujours pécuniaire, ce peut être un intérêt d'affection, c'est souvent un intérêt général dépassant la sphère des intérêts privés. La promesse peut rémunérer les services rendus à la patrie, à la société, à l'art, à l'industrie. Il ne faudrait pas proscrire d'avance l'engagement en vue de la satisfaction d'un caprice individuel.

Il serait aussi trop étroit de ne sanctionner que les promesses utiles. L'utilité est une qualité qui pèche par l'absence d'un critère objectif. Toute définition de l'utile n'aurait qu'une valeur relative.

Les prestations, les faits récompensables sont infiniment variés. Tantôt positifs, tantôt négatifs, visant une abstention. Exemple : récompense à un alcoolique qui s'abstiendra de boire durant trois mois. Nous ne reviendrons plus sur les promesses de récompense, soi-disant négatives, parce que leur auteur souhaite plutôt le non-accomplissement de la prestation désignée. Nous avons vu qu'il ne convient pas d'en faire une catégorie à part.

On peut distinguer les promesses tendant à rémunérer un résultat absolu et celles ouvrant des concours à prix, dont le résultat est relatif. Comme exemple des premières, citons le fait de rapporter un objet perdu; est relative, par contre, la notion du meilleur ouvrage scientifique.

La promesse de récompense n'est pas une promesse particulière ayant une cause juridique spécifique, c'est une manière de s'engager, c'est un moule, qui peut enfermer toutes les causes juridiques reconnues par la loi. « Pourquoi un emprunt ou un achat ne pourraient-ils pas être réalisés par la voie d'une promesse de récompense? Dans le premier cas, la récompense représenterait les intérêts, dans le second cas elle représenterait le prix d'achat ». « Qu'on songe à l'exclamation de Richard III : Un royaume pour un cheval! transportée dans le domaine de l'usuel » (1).

Telles sont les conditions de validité de l'engagement unilatéral concret.

Aucune volonté ne vient rivaliser avec la volonté créatrice du promettant. Le créancier est indéterminé, il n'y a pas de créancier, et l'engagement est déjà parfait.

(1) Mayr, *Auslobung*, p. 125.

B. *Sanction des conditions de validité.* — Nous avons vu que la promesse de récompense, comme tout acte juridique, était soumise pour sa validité aux principes généraux, qui régissent ces actes et notamment aux règles énoncées dans le livre I, titre II, section III, concernant les déclarations de volonté. Toute cette matière est hérissée de difficultés, car le Code ne contient pas une réglementation spéciale des nullités des déclarations ne s'adressant à personne, auxquelles appartient la promesse de récompense, et c'est une lacune sensible (1).

L'annulation de la promesse de récompense pour dol, erreur ou violence est régie par l'art. 143, al. 4 :

> « Pour un acte juridique unilatéral d'une autre espèce, est partie adverse à l'annulation toute personne qui, sur le fondement de cet acte, eût retiré directement un avantage juridique ».

Remarquons que l'annulation en droit allemand, au lieu de se réaliser par la voie judiciaire, sous forme d'une action, se fait par simple déclaration unilatérale de volonté envers la partie adverse à l'acte.

Or, deux hypothèses peuvent se présenter pour la promesse de récompense :

a) La partie adverse qui a retiré un avantage juridique de l'acte, le bénéficiaire de la promesse, est déterminé par l'accomplissement de la prestation.

Le promettant déclarera l'annulation envers le bénéficiaire. Mais par quelle voie ? Est-ce par voie de communication individuelle ? Et alors la question se pose, si cette annulation individuelle suffit pour invalider la promesse de récompense à l'égard des bénéficiaires qui pourraient

(1) Planck, *Komm.*, t. II, p. 401; Saleilles, *Déclaration de volonté*, 1901, p. 382 et suiv.

surgir postérieurement, si le fait récompensé est susceptible de se répéter.

Planck soutient le principe de la relativité de l'annulation (1), sauf à faire de la nullité partielle une nullité totale, dans le cas où l'art. 139 l'exige.

> Art. 139. — « Lorsqu'une partie de l'acte juridique est nulle, l'acte juridique tout entier est nul, s'il n'y a pas lieu d'admettre que même sans la partie qui se trouve nulle, l'acte eût été encore accompli ».

Il faut se demander si le promettant eût consenti ou non à maintenir son engagement, s'il eût prévu la nullité à l'égard de telle personne. C'est une question d'interprétation.

Mais pour parer à ces complications, ne serait-il pas préférable de préconiser, dans le silence de la loi, à côté de l'annulation individuelle, l'annulation publique, par analogie avec la révocation? L'annulation d'une déclaration antérieure n'implique-t-elle pas révocation d'une volonté précédemment émise? fait remarquer Hölder (2).

Il y a une difficulté concernant le point de départ des délais de forclusion, établis par les art. 121 et 124. Ils commencent à courir du moment où celui, qui a le droit d'invoquer la nullité de l'acte, a eu connaissance du vice qui l'entachait. Or, supposons que le délai se soit écoulé, avant que le promettant eût appris l'accomplissement de la prestation, qui individualisa la partie adverse à l'annulation. Sera-t-il forclos? Il semble qu'il doive en être ainsi.

Planck propose d'appliquer l'art. 132, al. 2 :

> « Si, relativement à la personne de celui envers

(1) *Komm.*, t. I, sur l'art. 143.

(2) *Komm.*, t. I, p. 319; en ce sens, v. Mayr, p. 34.

qui la déclaration doit être émise, l'auteur de la déclaration se trouve dans une ignorance qui ne soit pas imputable à négligence ou que la résidence de cette personne soit inconnue, la signification peut être faite conformément aux règles du Code de procédure civile établies pour la signification publique d'une citation ».

On échapperait à ce dernier inconvénient en reconnaissant au promettant la faculté de procéder à l'annulation par voie de déclaration publique. Mais pour avoir recours à cette voie, faut-il attendre jusqu'au moment où un bénéficiaire se révélera, faut-il se tenir à l'exigence d'une partie adverse à l'annulation, qui eût retiré un avantage direct de l'acte, conformément à l'art. 143, al. 1? Cela nous amène à examiner une seconde hypothèse plus obscure encore au point de vue juridique.

b) Le bénéficiaire de la promesse n'est pas déterminé encore, il n'y a pas de partie adverse à l'annulation. Le promettant peut-il procéder à l'annulation de l'acte?...

Distinguons deux cas, suivant que la promesse de récompense est révocable ou non dans l'intervalle qui sépare sa publication de la détermination du créancier.

Dans le premier cas, l'intérêt de la question est restreint. Le promettant est libre de révoquer quand cela lui plaît, il en profitera, à plus forte raison, dès qu'il aura découvert un vice à son engagement. Mais supposons que la révocation soit exclue ou qu'elle intervienne trop tard, qu'à l'insu du promettant la prestation déterminant le bénéficiaire se soit réalisée, et que le délai de forclusion se soit écoulé, sans que le promettant ait eu connaissance de l'existence d'un bénéficiaire; que décider alors?

Dans ces circonstances, la question s'aggrave plus

encore, car le promettant n'a plus le moyen de la révocation. L'unique remède consisterait à reconnaître qu'il y a une lacune dans la loi et d'autoriser le promettant de déclarer l'annulation de l'acte par annonce publique envers toutes les personnes auxquelles s'est adressé son engagement. On ne peut pas faire moins pour l'annulation de la promesse que pour sa révocation, laquelle n'a pas besoin d'être adressée à la partie adverse en matière de déclarations ne s'adressant à personne.

§ 2. — Effets de la promesse de récompense.

La promesse de récompense, comme tout engagement à créancier indéterminé, est un acte de réalisation successive. Ses effets s'étendent progressivement sur plusieurs phases.

Dans la première phase, qui comprend l'intervalle entre la publication de la promesse et la détermination du titulaire par l'accomplissement du fait, elle représente une valeur patrimoniale. C'est une valeur créée par la volonté du promettant dirigée vers un but juridique, qui fait partie de son patrimoine et sur laquelle il a un droit de quasi-propriété, si l'on peut s'exprimer ainsi. Le promettant est libre de la détruire, tant qu'il en dispose, tant qu'il n'en est pas dessaisi par la détermination du titulaire.

L'art. 658, al. 1, porte :

> « La promesse de récompense peut être révoquée jusqu'à l'accomplissement du fait. La révocation n'est efficace que si elle est rendue publique de la même manière que la promesse, ou si elle s'effectue par communication particulière ».

Cette disposition de la loi est en parfaite harmonie avec

toute la construction théorique de l'engagement unilatéral. Ce dernier ne repose que sur une volonté seule, il y puise sa raison d'être, il ne dure que ce qu'elle dure. La révocation est, en cette matière, l'expression même du *contrarius actus,* mode normal et traditionnel de l'extinction d'une obligation, elle correspond au « distrat » dans le domaine du contrat.

Nous citerons, à notre appui, le législateur qui a entendu par cette décision ne point quitter le terrain de ce qu'il appelle la théorie de la pollicitation [1] : « La supposition, que l'irrévocabilité est une conséquence nécessaire de la conception qui voit dans la promesse de récompense un engagement unilatéral obligatoire, n'est point fondée. Le promettant n'est lié par sa promesse unilatérale que dans la mesure et parce qu'il a voulu se lier ». Certains auteurs ont cependant la tendance regrettable à confondre l'irrévocabilité et la perfection d'un acte juridique [2].

La révocation doit faire l'objet d'une déclaration publique, analogue à celle qui a porté la promesse de récompense elle-même à la connaissance du public. La révocation peut aussi prendre l'aspect d'une communication individuelle :

a) Tantôt le promettant entendra exclure une personne déterminée de la participation au concours.

b) La promesse de récompense, malgré sa publication, a été particulièrement communiquée à quelqu'un. La révocation devra procéder par la même voie [3].

(1) *Motifs*, t. II, p. 522; en ce sens, Oertmann, *Oesterr. Zentralblatt. f. die zivil. Praxis*, octobre 1906, p. 798; Behrend, *Stiftungen*, p. 339.

(2) Cf. Siegel, p. 92; Hoffmann, *Die Entstehungsgründe der Obligationen*, p. 39.

(3) En ce sens, Staudinger, t. II, p. 1168; Elster, p. 165.

Von Mayr [1] n'y voit qu'un acte de courtoisie personnelle, la révocation publique suffirait pour dégager le promettant de toute responsabilité.

c) Il se peut que le promettant sache pertinemment que la révocation publique n'atteindra pas tel compétiteur. Une communication individuelle s'impose.

La mort et l'incapacité du promettant ne peuvent pas être assimilées à la révocation, parce qu'elles ne dépendent pas de sa volonté. Il n'y a donc pas de révocation de plein droit lorsque ces événements se produisent, et par suite les héritiers du promettant, de même que son représentant légal s'il est devenu incapable, devront exercer eux-mêmes la révocation, comme ils en ont le droit, s'ils veulent se soustraire aux effets de la promesse [2].

Une controverse éteinte à l'heure actuelle, en raison des dispositions positives du nouveau Code, a occupé pendant longtemps le terrain des discussions. De nombreuses voix se sont élevées contre la révocabilité de la promesse de récompense, soit en partant d'une conception théorique fausse, soit en invoquant des considérations d'ordre pratique [3]. Et cependant pour ne nous arrêter qu'à ces dernières — la première déduit l'irrévocabilité de l'efficacité juridique de la promesse de récompense et nous l'avons réfutée dans un autre ordre d'idées [4] — la disposition légale concilie au mieux les intérêts du promettant, le but de l'institution et les espérances du public. En faveur de l'irrévocabilité plaide la situation pénible du compétiteur, qui a exposé son temps et sa fortune à la poursuite de la

(1) *Auslobung*, p. 57.

(2) *Comm. fr. du C. civ. all.*, sur l'art. 658, éd. du *Comité de législ. étr.*

(3) Elster, p. 173.

(4) Cf. 1re partie de cette thèse.

récompense, sans avoir obtenu encore un résultat définitif au moment de la révocation.

Rendons-nous compte de la situation du bénéficiaire *in spe* d'un engagement à créancier indéterminé. Elle est essentiellement aléatoire. La confiance d'aucun n'a été particulièrement suscitée puisque la promesse s'adresse à une multitude. Personne n'a la certitude de profiter de la récompense, tant que la prestation n'est pas accomplie. Même la réalisation de cette dernière ne donne pas une certitude absolue. Le tiers a pu être précédé par d'autres, si la prestation était susceptible de se répéter, ou, si c'était un concours à prix, le tiers a pu se voir préférer un autre concurrent.

Arrêtons-nous à l'hypothèse d'une révocation intervenue avant l'accomplissement du fait. Pendant que la prestation s'achève, s'achemine vers sa perfection, le droit à la récompense n'est qu'une pauvre espérance humaine, que la loi n'est pas appelée à défendre; ce n'est pas un intérêt juridique, ni même une espérance juridique.

Par quel moyen aussi lui faire justice?

L'irrévocabilité absolue n'est qu'une invention de théoriciens, peu pratique (1). Contraindre le promettant à ne pas révoquer quand aucune prestation n'est venue lui rappeler sa promesse, c'est dur et cela paralyserait le développement de l'institution. C'est aussi empêcher le droit de libre disposition du promettant sur la valeur qu'il a créée et qui lui appartient exclusivement, tant que le créancier de l'engagement n'est pas déterminé. Ce n'est qu'au moment de la détermination du créancier que le promettant se dessaisit de la valeur et qu'elle devient irrévocable.

On a proposé l'irrévocabilité relative (2). La révocation

(1) Siegel, p. 96.
(2) Cf. v. Mayr, p. 39.

ne serait inefficace qu'à l'égard de celui qui a accompli des actes préparatoires dans le sens de la réalisation de la prestation. A l'égard des autres compétiteurs, moins privilégiés, la révocation resterait valable. Nous maintenons le principe de la révocation ici comme ailleurs, car le promettant n'a entendu s'engager qu'en vue d'une prestation accomplie et des actes préparatoires ne sauraient le lier irrévocablement.

De l'irrévocabilité relative, il n'y a qu'un pas à la révocabilité avec obligation aux dommages-intérêts (1) envers celui qui a procédé aux actes préparatoires de la prestation désignée par la promesse de récompense.

Vainement nous chercherons, soit un véritable dommage, soit un intérêt, soit un fondement équitable à cette obligation. Le dommage se mesurerait sur la récompense qui tiendra lieu de maximum, et cette dernière serait due à celui qui l'aurait méritée, s'il avait mené la prestation jusqu'au bout. Avant tout la preuve de ce mérite s'impose et le tiers sera tenu de la fournir. Écartons les cas où cette preuve est impossible : celui où le promettant s'est réservé l'appréciation de la prestation et celui où l'attribution de la récompense a dû être décidée par voie de concours, de sélection. Supposons la preuve du mérite faite. Cette construction ne manqua pas d'échouer devant l'absence de tout intérêt juridique de la partie lésée. La promesse de récompense s'adresse à une quantité illimitée de personnes, elle fait naître mille espérances et aucune. La situation du tiers n'est point intéressante ici.

On a fondé l'obligation aux dommages-intérêts tour à tour sur :

a) L'*actio doli*, Savigny (2);

(1) V. Mayr, p. 42 et suiv.
(2) *Obligations*, t. II, § 16.

b) La *culpa in contrahendo* (1);

c) Un contrat de garantie;

d) Un contrat de mandat;

e) Une gestion d'affaires.

Le Code civil a versé la lumière sur ces controverses par l'affirmation catégorique de l'art. 658, al. 1. Signalons les conséquences de la disposition légale :

a) Les actes préparatoires ou de commencement d'exécution n'empêchent pas la révocation;

b) Le tiers n'a pas droit aux dommages-intérêts pour ce qu'il a accompli avant la révocation, même si le promettant en avait connaissance (2). C'est à ses risques et périls que le tiers agit, à moins que le promettant ne se soit rendu coupable de dol ou qu'il ait connu l'impossibilité du fait récompensé;

c) A partir de l'accomplissement du fait, il ne peut pas être question de dommages-intérêts, car le tiers bénéficiaire peut exiger l'exécution de la promesse.

Ce système législatif est adopté par la majorité des législations positives.

Il faut avouer qu'il n'encourage pas à placer la confiance en une promesse publique de récompense. On a songé à l'irrévocabilité temporaire de la promesse de récompense (3), à la fixation obligatoire d'un délai, pendant lequel la révocation serait considérée comme non avenue.

Le Code civil s'est inspiré de cette idée pour les concours à prix (art. 661, al. 1) :

> « Toute récompense destinée à servir de prix à un concours par voie de candidature n'est valable

(1) Ihering, *Dogm. Jahrb.*, t. IV, p. 104.
(2) Staudinger, t. II, p. 1167; Plank, t. II, p. 404.
(3) V. Mayr, p. 59.

que si, dans l'annonce, un délai pour le concours a été établi ».

De plus, l'art. 658 est complété par un second alinéa :

« On peut, dans la promesse de récompense, renoncer à la révocabilité; toute fixation de délai pour l'accomplissement du fait implique, dans le doute, renonciation ».

§ 3. — Les effets de la promesse de récompense (*Suite*).

Les effets de la promesse de récompense entrent dans la seconde phase de leur développement avec l'accomplissement du fait, qui est la cause de la promesse. C'est un fait objectif, — la personne de son auteur n'étant point prise en considération, — dont la caractéristique émane de la volonté du promettant et qui ne sera apprécié que conformément à cette volonté. L'auteur du fait est le créancier, désormais déterminé, de l'engagement.

Il importe peu que la prestation ait été accomplie avant ou après la publication de la promesse, que le tiers en ait eu connaissance ou non. Seul le fait objectif de la prestation est décisif, en marquant le moment où l'engagement unilatéral aura trouvé son créancier. Le promettant aurait pu décider d'ailleurs de ne prendre en considération que les prestations faites après la publication de la promesse [1].

Qu'entend-on par accomplissement du fait? Normalement le caractère définitif d'une prestation sera exigé. Cependant le promettant aurait pu désirer récompenser le travail préparatoire du tiers, un simple commencement d'exécution.

(1) V. Mayr, p. 81.

Exemple : promesse de récompense pour l'arrestation d'un malfaiteur. Suivant la volonté du promettant, celui qui arrêtera le coupable sera récompensé d'ores et déjà, même si ce dernier s'est de nouveau échappé, ou bien il ne profitera de la récompense qu'au moment où le malfaiteur sera introduit dans la prison (1).

Faut-il exiger un certain mérite de l'auteur du fait accompli? Cela dépend encore de la volonté du promettant. Ainsi la récompense pour l'arrestation d'un malfaiteur pourra être adjugée, le cas échéant, même à celui auquel le criminel s'est livré volontairement.

Le promettant acquiert-il un droit de propriété à la prestation, si elle en est susceptible? On applique à cette situation par analogie la disposition de l'art. 661, al. 4, qui établit une présomption contre la transmission du droit de propriété. Une stipulation expresse devra figurer dans la promesse de récompense.

L'art. 661, al. 4, vise les concours à prix :

> « Le promettant ne peut exiger le transfert de la propriété relativement à l'œuvre qui a été faite, que s'il a établi dans la promesse que ce transfert devrait être effectué ».

La seconde et dernière phase de l'engagement unilatéral concret est caractérisée par les traits suivants :

a) La réalisation de la cause objective de la promesse opère dessaisissement du promettant de la valeur qu'il a créée par la transmission de cette dernière dans le patrimoine du créancier sous l'aspect d'une créance. L'irrévocabilité de l'engagement du promettant à partir de ce moment est une suite nécessaire du dessaisissement du promettant.

(1) Elster, p. 178.

b) La réalisation de la cause objective détermine la personne du créancier et le moment de la formation d'un rapport obligatoire ordinaire entre le créancier et le débiteur par l'effet de la volonté unilatérale souveraine. C'est le même rapport obligatoire qui, entre personnes déterminées, trouve sa source dans un contrat. Une fois formé, il ne diffère point de l'autre.

Telle fut aussi l'idée du législateur [1] :

« Les obligations, nées de promesses unilatérales, sont si intimement liées par leur essence et leur nature juridique à celles provenant des contrats, que les mêmes règles de droit s'imposent aux unes comme aux autres ».

Endemann [2] est du même avis :

« Avec leur reconnaissance comme rapports d'obligation, il est entendu que les règles applicables aux contrats obligatoires s'imposeront par analogie, en tant qu'elles ne seront exceptées par le défaut d'acceptation de la promesse ».

Nous étudierons sous ces deux aspects les effets inhérents à cette phase de l'évolution de l'engagement unilatéral :

a) *Acquisition de la créance au tiers.* — Le tiers acquiert un droit de créance par l'effet seul de la volonté unilatérale, sans avoir participé autrement que par un fait objectif à la formation du rapport obligatoire. Il devient créancier malgré lui, un droit figure dans son patrimoine, sans que sa volonté ait coopéré à son acquisition. La prestation exécutée par lui lui sert de titre de légitimation.

La créance de récompense peut faire l'objet d'une cession. Le promettant est obligé d'exécuter envers celui qui s'en prévaudra.

(1) *Motifs*, t. II, p. 176.
(2) *Einführung in das Studium des B. G. B.*, 1898, t. I, p. 412-413.

La créance est acquise au tiers au moment de l'accomplissement de la prestation. Si la prestation existait déjà au moment de la publication de la promesse, tout en restant ignorée du promettant, la créance datera de ce moment.

En fait le tiers se prévaudra de sa créance par une communication adressée au promettant, en exigeant l'exécution de la promesse. Si le promettant refuse d'exécuter, la charge de la preuve du défaut de droit du tiers incombera au promettant.

Le tiers peut-il renoncer unilatéralement à la créance de récompense par un refus? Non, pour faire une renonciation valable il devra recourir à la remise de dette, laquelle, évidemment, ne profitera qu'au promettant. Notons qu'il en serait autrement, si la promesse de récompense n'était qu'une offre de contrat, car alors le tiers aurait pu la décliner unilatéralement par un refus [1].

Les créanciers du tiers peuvent saisir la créance de récompense, qui compte à l'actif du tiers.

La mort ou l'incapacité du tiers, survenues après la réalisation de la prestation et avant que le tiers ait eu connaissance de la promesse de récompense n'empêchent pas la créance de récompense de figurer dans son patrimoine. La créance est transmise aux héritiers du tiers.

Le tiers n'assume aucune obligation à sa charge, par conséquent, il n'est point responsable des vices de sa prestation ; tout au plus devra-t-il restituer la récompense, s'il apparaît que la prestation était vicieuse ou ne répondait pas aux exigences de la promesse de récompense.

(1) Planck, t. II, p. 403.

b) *Responsabilité du promettant.* — La récompense fait naître des obligations à la charge du promettant, identiques à celles qui pèsent sur le débiteur d'un engagement contractuel. Et d'abord il doit exécuter. La loi a porté des dispositions spéciales pour le cas de pluralité de créanciers.

Art. 659 : « Lorsque le fait pour lequel la récompense a été allouée, a été accompli plusieurs fois, la récompense appartient à celui qui a accompli le fait le premier.

» Lorsque le fait a été accompli par plusieurs au même moment, il revient à chacun une partie égale de la récompense. Lorsque la récompense est de telle nature qu'elle ne puisse être divisée ou si, d'après la teneur de la promesse de récompense, elle ne doit être attribuée qu'à un seul, le sort en décide ».

Art. 660 : « Lorsque plusieurs personnes ont coopéré au résultat pour lequel la promesse est allouée, le promettant est tenu de partager la récompense entre elles d'après une appréciation équitable, basée sur la participation de chacune dans le résultat. Le partage n'est pas obligatoire s'il est ouvertement contraire à l'équité; en pareil cas, il s'effectue par jugement.

» Lorsque le partage opéré par le promettant n'est pas reconnu comme obligatoire de la part de l'un des intéressés, le promettant est en droit de refuser l'exécution jusqu'à ce que les intéressés aient réglé entre eux le différend sur leurs droits; chacun d'eux peut exiger que la récompense soit consignée pour tous.

» Est applicable la disposition de l'art. 659, al. 2, pr. 1 ».

L'art. 661, al. 2 et 3, est relatif aux concours à prix :

« La décision sur le point de savoir si une candidature, survenue dans un délai déterminé, répond à la promesse de récompense ou laquelle de plusieurs candidatures mérite la préférence, doit être rendue par la personne désignée dans la promesse de récompense et, à défaut de pareille désignation, par le promettant. La décision est obligatoire pour les intéressés.

» Au cas de candidats de mérite égal, sont applicables au partage du prix, les dispositions de l'art. 659, al. 2 ».

La responsabilité du promettant en matière de garantie d'éviction et de vice se détermine par analogie avec celle du débiteur dans un contrat ayant une cause analogue : vente, échange, donation, etc.

Les prescriptions sur la rédhibition ou la diminution en matière de contrat à titre onéreux ne sont pas applicables à la récompense (1). Le caractère objectif de la prestation du tiers lui confère une inflexibilité qui rejaillit sur la récompense elle-même. Cette dernière sera due entièrement ou pas du tout.

SECTION II

NATURE JURIDIQUE DE LA PROMESSE DE RÉCOMPENSE

L'institution de la promesse de récompense a toujours présenté dans la pratique les contours, que le Code civil a fixés définitivement et dont nous venons d'achever la description.

(1) Planck, t. II, p. 403; v. Mayr, p. 76.

Quel est le cadre théorique qui lui convient le mieux? Deux groupes de théories diamétralement opposées se sont disputé l'hégémonie : les théories contractuelles et celles de l'engagement unilatéral.

§ 1. — Théories contractuelles.

Les premières tentatives de construction théorique de cette institution ont débuté par la conception d'un contrat avec une personne indéterminée (1). Mais la notion de contrat, accord de volontés, ne peut pas s'accommoder d'une pareille extension de sa sphère d'application sans être dénaturée. Le contrat avec une personne indéterminée est une *contradictio in adiecto;* cette idée fut vite abandonnée.

On lui substitua l'idée d'une offre de contrat à personne indéterminée. Elle a l'avantage de transporter la promesse de récompense dans le domaine du contrat entre personnes déterminées, auquel elle aboutit nécessairement (2).

L'offre à personne indéterminée est celle qui, n'ayant pas encore un destinataire déterminé, s'adresse à celui qui acceptera l'offre en le désignant d'une manière suffisamment précise, qui permette de le reconnaître. Il y a là une extension de la notion courante de l'offre que les législations modernes sanctionnent sans difficulté.

Cette conception, mise à la base de la promesse de récompense, a recueilli la majorité des suffrages parmi les partisans de l'idée du contrat (3).

(1) Cf. Oertel, *Die Lehre von der Auslobung*, thèse, Leipzig, 1895, p. 33.

(2) Stammler, *Unbestimmtheit des Rechtssubjekts*, p. 4.

(3) Cf. Kohler, *Archiv f. bürg. Recht*, t. XXV, p. 4; v. Mayr, p. 123;

Les dissentiments règnent sur un point particulier, sur la question de la révocation. Les uns la préconisent hautement : la révocabilité n'est-elle pas un trait distinctif des manifestations de la volonté ne liant pas leur auteur?

Elster [1], lui, a foi en l'irrévocabilité de l'offre de récompense à personne indéterminée. Pourquoi refuser ce minimum de sanction juridique à la volonté unilatérale? Avec Siegel, il reconnaît qu'elle peut avoir l'effet de se lier à la parole donnée, de ne pas la révoquer. Seule, l'obligation d'exécuter exige un contrat.

Cette argumentation encourt les mêmes critiques que la distinction dont elle s'inspire. Elster est isolé dans sa manière de voir. Pour la majorité des auteurs l'irrévocabilité ne peut cadrer qu'avec la théorie de l'engagement unilatéral, car elle attribue un caractère définitif et obligatoire à l'acte. Nous avons combattu à plusieurs reprises cette conception erronée.

Passons à l'acceptation de l'offre de récompense. Nous allons voir comment notre institution va échapper irrésistiblement au joug de la théorie contractuelle.

La volonté du créancier se joint à celle du débiteur pour la conclusion du contrat sous forme d'acceptation. Cette dernière évoque non seulement la part de la volonté du créancier dans la formation de l'obligation, son consentement à se prévaloir d'un droit, mais dans les contrats synallagmatiques, elle contient la contre-obligation de l'autre partie. La volonté du créancier s'exerce

Ihering, *Dogm. Jahrb.*, t. IV, p. 93; Goldschmidt, dans sa *Zeitschrift*, t. XIII, p. 339; Oertel, *Auslobung*, p. 33.

(1) P. 156.

alors doublement, et c'est à ce double point de vue que devra être analysée la volonté du tiers bénéficiaire, car il est admis que la promesse de récompense peut couvrir des causes empruntées aux contrats synallagmatiques.

a) *De l'obligation du créancier ou de la cause de la promesse de récompense.* — Quel accroc pour la théorie du contrat! Le tiers créancier n'est obligé à aucun moment d'exécuter la prestation.

Ihering [1] l'a relevé de son temps : « Si nous comparons ce rapport juridique aux manières ordinaires de contracter, il semblerait que ce soit un contrat synallagmatique où les deux parties réalisent une prestation, et qui ne s'écarte de l'ordinaire que par l'indétermination de la destination personnelle de l'offre. Cela est inexact cependant, car, dans un contrat synallagmatique, les deux parties sont obligées à la prestation avant de l'exécuter; ici aucune obligation ne naît en la personne du bénéficiaire ni avant, ni après la prestation. Nous serions donc conduits nécessairement vers la conception d'un engagement unilatéral ».

En effet, c'est l'unique ressource : la volonté unilatérale a la puissance de rendre le tiers créancier, mais là s'arrête son efficacité et on ne saurait lui reconnaître la portée d'obliger un tiers malgré lui. Aussi la cause de l'engagement unilatéral ne peut viser qu'une prestation dont l'exécution n'est point *in obligatione*, mais qui est due soit au hasard de la volonté du tiers, soit à sa volonté consciente, mais libre de tout lien juridique. On comprend que la prestation du tiers doive nécessairement précéder celle du débiteur.

(1) *Dogm. Jahrb.*, t. IV, p. 97.

Tout cela cadre mal avec la théorie contractuelle. Ihering veut sauver la situation, il poursuit :

« La bilatéralité apparente des prestations n'est pas autre ici que dans une promesse conditionnelle, la prestation de l'autre partie se place sous l'angle de l'accomplissement de la condition : qu'on promette à une personne déterminée dix si elle ramène un chien perdu, ou à une personne indéterminée, cela ne fait aucune différence ». Cela fait une différence et même toute la différence : c'est que la personne déterminée ayant accepté, s'est obligée et a simplement conclu un contrat de louage de services. Si elle restitue le chien perdu, elle profitera de la récompense, sinon elle en sera privée, c'est le principe de l'*exceptio non adimpleti contractus* dans les contrats synallagmatiques.

L'introduction de la notion de la condition n'ajoute rien à l'intelligence de la promesse de récompense ni à l'appui de la théorie contractuelle. Il est un fait certain et énigmatique : le bénéficiaire de la récompense n'est obligé à aucun moment dans le contrat à prestations réciproques qu'est la promesse de récompense pour ces auteurs.

La promesse de récompense est un contrat bilatéral économiquement et unilatéral juridiquement, mais non un contrat conditionnel, affirme v. Mayr [1], car, dit-il, la prestation est le but déterminant de l'acte, ce qui contredit le caractère accessoire de la condition. Von Mayr a le mérite d'avoir nettement posé le problème. Pour lui la promesse de récompense aboutit à un contrat *sui generis*, grâce à la particularité qui exclut l'engagement de l'autre partie et ne lui donne droit à la récompense que par une prestation anticipée.

(1) P. 124.

A part cela d'ailleurs, le soi-disant contrat de récompense peut couvrir les causes juridiques les plus diverses. Cela est généralement admis en doctrine.

Il est vrai que Kohler, à propos d'une théorie personnelle, que nous examinerons plus loin, oppose à cela la conception d'un contrat de récompense, rentrant exclusivement dans les cadres du contrat de louage d'ouvrage ou de services. « Là où il n'y a pas de contrat de louage, pas de promesse de récompense » (1).

Cette conception est trop étroite, car la promesse de récompense dépasse les cadres d'un contrat de louage.

Nous venons de voir que la théorie contractuelle ne se maintient qu'avec force artifices sur le terrain de la cause de la promesse de récompense et que ces artifices ne réussissent pas à masquer la vérité.

L'examen du rôle de la volonté du tiers dans l'acceptation proprement dite de l'offre de récompense, ne fera que nous convaincre davantage encore du triomphe de l'engagement unilatéral en cette matière.

b) *De l'acceptation du créancier.* — Quoi qu'on ait dit du rôle de la volonté dans la conclusion du contrat, on est d'accord pour reconnaître que cette dernière se produit par la coïncidence consciente des volontés. L'unanimité n'a jamais existé sur la question de savoir, si la volonté dirigée vers un but juridique, ou la déclaration de cette volonté seulement, produisait l'effet de droit. Mais on n'est pas arrivé à nier la nécessité de cette volonté.

Si nous nous tournons vers la promesse de récompense, imbus d'idées contractuelles, elle nous frappe par sa structure brutale, car voici les données qui s'offrent à nous.

(1) *Arch. f. b. R.*, t. XXV, p. 7.

Le tiers devient créancier malgré lui par l'exécution de la prestation et ce n'est que trop vrai :

a) Si la prestation est accomplie avant la publication de la promesse de récompense, il est investi de sa créance dès la publication.

b) Si la prestation est postérieure à la promesse, le tiers devient créancier au moment de l'exécution de la prestation, peu importe qu'il ait eu ou non connaissance de la promesse.

c) La mort ou l'incapacité du tiers survenues avant qu'il ait eu connaissance de la promesse de récompense ou manifesté son désir d'accepter, n'empêchent pas la créance d'être entrée dans son patrimoine.

Tels sont les traits économiques de la promesse de récompense, qui ont été imposés par la pratique bien avant la promulgation du nouveau Code civil allemand.

Essayons d'introduire dans ces données étranges la notion traditionnelle et familière de l'acceptation. Elle exprime la part du créancier dans la formation du lien obligatoire et son consentement de se prévaloir de la créance. Expresse, elle est la manifestation directe, non équivoque, franche, de la volonté d'accepter. Tacite, elle est une acceptation conclusive; elle repose sur une déduction logique à l'existence certaine de cette volonté.

Telles sont les différentes formes de l'acceptation, qui conduisent à une conclusion de contrat valable. L'une ou l'autre doit concourir à la perfection de la promesse de récompense, si l'on tient à lui donner une base contractuelle. Nous examinerons successivement les théories relatives, soit à l'acceptation expresse, soit à l'acceptation tacite de la promesse de récompense :

a) Deux théories ont soutenu l'existence d'une acceptation expresse en cette matière :

1° L'acceptation doit intervenir avant l'exécution de la prestation, disent Bülow (1) et Tzschirner (2). La simple déclaration d'accepter émanant d'un tiers aurait suffi pour créer un rapport obligatoire entre le promettant et le tiers.

Mais si cela est vrai pour toute offre de contrat, qu'elle soit faite à personne déterminée ou indéterminée, où la simple déclaration d'accepter est le mode normal de la conclusion du contrat, il n'en est pas de même en matière de promesse de récompense. Le rapport obligatoire ne naît qu'au moment de l'exécution de la prestation, car la promesse n'est destinée à récompenser qu'une prestation effective et non une promesse de prestation. Brinz (3) estime qu'une offre qui ne peut pas être acceptée par des paroles n'est pas une offre. Elle est plus qu'une offre.

2° Une seconde théorie vient imposer au bénéficiaire pour l'acquisition de la créance une déclaration expresse basée sur l'accomplissement de la prestation exigée par la promesse (4).

Cette opinion ajoute une condition superflue à l'attribution de la récompense, qui n'a jamais eu cours en pratique. Il serait très grave de retarder le moment où la promesse devient irrévocable, car c'est exposer le bénéficiaire au danger de perte de la récompense.

Les théories de l'acceptation expresse échouèrent piteusement sous le coup de nombreuses critiques qui n'ont pas cessé de pleuvoir sur elle.

(1) *Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürg. Rechts*, 1817, t. I, p. 271.

(2) *Auslobung*, thèse, Berlin, 1869.

(3) *Pandekten*, 2e éd., t. IV, p. 255.

(4) Exner, *Krit. Vierteljahrsschrift*, t. XI, p. 347; Pernice, *Goldschmidt's Zeitschr.*, t. XX, p. 296.

b) Un accueil bien plus chaleureux fut réservé à l'acceptation tacite. Ici encore les nuances abondent d'une opinion à l'autre.

1° Certains auteurs veulent voir l'acceptation tacite du tiers dans un commencement d'exécution de la prestation désignée par le promettant (1).

La notion de commencement d'exécution est trop imprécise, flottante. A quel moment la prestation est-elle censée commencer ? Sera-t-elle achevée un jour ? C'est obliger le promettant de procurer l'exécution à chacun des aspirants à la récompense.

2° La seule opinion soutenable est celle qui fait coïncider le moment de l'acquisition de la créance avec celui où la prestation est accomplie (2), en discernant dans l'exécution complète la volonté tacite d'accepter du tiers. Cette conception détermine la place systématique de notre institution dans la rubrique de la perfection des contrats, comme un cas particulier d'acceptation tacite d'une offre, ne se manifestant que par des actions (3).

Admettons que la connaissance de la promesse de récompense par le tiers puisse contribuer à la déduction d'une acceptation tacite. Mais est-ce toujours vrai ? « Celui qui connaît la promesse de récompense, et qui agit en se conformant à son exigence, a la pensée unique de réaliser la condition de l'acquisition de la récompense, sans entendre conclure un contrat » (4).

Supposons que le tiers connaissant la promesse de récompense s'en désintéresse, tout en exécutant la presta-

(1) Puchta, *Pandekten*, § 239; Arnds, *Pandekten*, § 241; Sintenis, *Civilrecht*, t. II, § 96.
(2) Elster, p. 160.
(3) V. Mayr, p. 109.
(4) Brinz, *Pandekten*, t. IV, p. 254.

tion désignée : c'est une œuvre d'art, un ouvrage scientifique. Il deviendra créancier malgré lui.

Avançons d'un pas : le tiers ignore la promesse de récompense et se trouve par l'accomplissement d'un fait dans l'état d'en profiter. Eh bien, lui, ignorant, ne se doutant de rien, il devient créancier de la récompense.

Voilà des cas qui s'échappent franchement du cadre contractuel : le tiers n'a pas la volonté d'accepter, de contracter.

Les auteurs vont de concession en concession. Windscheid (1) avoue lui-même, tout en défendant la conception contractuelle sur le terrain du droit positif, que cela n'est pas exempt de doutes, que les besoins de la vie s'accommodent plus facilement de l'acte unilatéral et qu'il n'y a pas d'obstacle théorique qui empêcherait de reconnaître dans la promesse de récompense un acte juridique unilatéral.

Elster (2) et v. Mayr (3) font un saut périlleux, qui confirme la débâcle de la théorie contractuelle. Ces auteurs proposent de présumer l'acceptation du tiers chaque fois qu'elle ne résultera pas des circonstances qui ont présidé à la réalisation de la prestation; et, naïvement, Elster argumente de ce que le tiers se serait certainement empressé de manifester la volonté de contracter s'il s'était douté de l'existence de la promesse.

Et que dire du cas où c'est un incapable qui se trouve créancier de la récompense ? Sans hésiter v. Mayr répond : on présumera l'autorisation du tuteur.

Ces auteurs ont déjà dépassé les limites du contrat, car

(1) *Pandekten*, t. II, § 308, note 3.
(2) P. 164.
3) P. 119.

l'acceptation présumée ne peut pas servir de base à un accord de volontés; ce n'est plus une acceptation, c'est l'absence d'acceptation.

Mais les partisans du contrat ont fait preuve d'une ténacité remarquable. Kohler a fait une tentative désespérée pour concilier l'inconciliable. A sa conception particulière de la promesse de récompense il donne un fondement général, en préconisant des idées très hardies sur la conclusion du contrat (1). « Toutes les offres ne sont pas ainsi construites qu'elles demandent un consentement. L'offre peut contenir un acte de la volonté qui ne réclame qu'un acte correspondant, objectif, de la volonté du destinataire ».

A quoi Windscheid (2) a répondu : « Cette conception n'est tenable qu'au point de vue de l'engagement unilatéral » (3).

Cependant Kohler ne compte pas parmi les partisans de cette théorie. Reconnaissons qu'à son esprit s'est présentée la notion nouvelle d'un contrat, se formant par une conduite purement objective du contractant, qui s'oppose à l'offre de contrat, sans qu'un élément de volonté s'y joigne de la part du destinataire de l'offre.

Il reprend avec vigueur cette construction à peine ébauchée dans une étude consacrée à la promesse de récompense et au pari (4). La promesse de récompense, dit-il, ne peut être acceptée que par l'accomplissement de la presta-

(1) *Dogm. Jahrb.*, t. XIII, *Annahme und Annahmeverzug*, p. 323; *Lehrbuch f. bürg. Recht*, t. I, p. 549.

(2) *Pandekten*, t. II, § 308, note 5.

(3) Nous empruntons les développements qui suivent à l'excellent article de Oertmann, *Oesterreich. Zentralblatt f. d. jur. Praxis*, octobre 1906, *Eine neue Theorie der Auslobung*.

(4) *Arch. f. bürg. R.*, t. XXV.

tion indiquée par le promettant. Dans ce cas, « l'acceptation de l'offre n'exige pas la conscience de l'existence d'une offre de récompense, elle s'effectue par un acte objectif, sans la conscience que la prestation a le caractère d'une acceptation. Cela se comprend : pour l'auteur de la prestation elle n'a que des avantages, un consentement spécial aux avantages liés avec l'acceptation est aussi superflu qu'il le serait pour l'acquisition d'un droit testamentaire ».

Dans son manuel (1), Kohler qualifie une telle conclusion d'un contrat de « conclusion étendue du contrat » (*gestreckter Vertragsschluss*).

Kohler bannit l'accord des volontés du contrat. Quels arguments invoque-t-il à son appui pour justifier une pareille perturbation des idées traditionnelles?

La promesse de récompense ne présente que des avantages pour le tiers. Pour cette raison, ce dernier sera investi d'un droit de créance sans crier gare. Remarquons que cette affirmation contredit un autre point du système de Kohler : la conception de la promesse de récompense comme d'un contrat de louage. Or, ce dernier est un contrat synallagmatique qui crée des obligations de part et d'autre. L'auteur ne semble pas avoir prevu cette objection.

Le principe en vertu duquel un droit, ne présentant que des avantages pour son titulaire, lui est acquis sans que sa volonté y contribuât, est étranger aux systèmes positifs du droit des obligations. Que voyons-nous en droit positif? La donation nettement avantageuse à la partie gratifiée est un contrat qui exige l'accord des deux volontés (art. 516, C. civ. all.; art. 894, C. civ. fr.).

On rencontre une application de l'idée de Kohler à

(1) T. II, p. 356, note 1.

propos des incapables. La validité des actes passés avec eux dépend souvent de la question de savoir s'ils se sont enrichis, si l'acte a tourné à leur profit. Kohler ne voudrait-il pas étendre ce système aux personnes jouissant de leur capacité? Cet auteur nous paraît avoir dénaturé une idée juste : l'engagement unilatéral en faveur d'un bénéficiaire indéterminé n'est possible, que s'il tend à lui attribuer une créance non connexe à une obligation.

L'analogie tirée de l'acquisition testamentaire ne porte pas. Les dispositions de dernière volonté sont essentiellement unilatérales, car au moment où elles produisent leur effet, le disposant n'existe plus et tant qu'il vit, il n'entend s'engager envers personne.

Nous repoussons donc en bloc la construction de Kohler, dont la seule utilité est de prouver ouvertement l'impuissance de la théorie contractuelle en cette matière, puisque, pour la rendre acceptable, il a fallu la modeler sur l'engagement unilatéral.

Pour finir, jetons un coup d'œil sur la situation juridique assez curieuse, assignée par les partisans du contrat à l'offre de contrat à personne indéterminée : tantôt elle se présente comme une offre normale exigeant pour aboutir à un contrat l'acceptation du créancier, expresse ou tacite, tantôt sous l'aspect d'une promesse de récompense, elle devient particulièrement récalcitrante à toute manifestation de la volonté du créancier pour ne tenir compte que de la prestation objective. Comment la seule et même notion théorique peut-elle abriter deux actes aussi dissemblables?

§ 2. — Théories de l'engagement unilatéral.

A l'encontre des théories contractuelles sur le fondement de la promesse de récompense, de nombreux auteurs font reposer cette institution sur un engagement unilatéral du promettant. Le nouveau Code civil prête une base positive aux recherches scientifiques orientées en ce sens.

Or, en Allemagne, tout essai de construction de l'engagement unilatéral part de la notion historique de *pollicitatio*, que nous avons exposée et combattue précédemment[1]. C'est la conception d'un engagement unilatéral à créancier déterminé, d'une promesse non acceptée, qui voisinerait avec le contrat dans le même domaine; par opposition à la conception d'un engagement unilatéral à créancier indéterminé, d'une promesse non acceptable, qui est celle du législateur de 1896.

Nous distinguerons dans notre exposé les théories se rattachant à la *pollicitatio* et l'autre.

I. *Théories de la pollicitation.* — L'accord est loin de régner dans le camp des partisans de la pollicitation.

Les uns envisagent la promesse de récompense comme une application par extension de la *pollicitatio* romaine obligatoire; les autres la rangent avec la *pollicitatio* romaine proprement dite dans la catégorie des pollicitations valables, des promesses non acceptées. Les troisièmes en repoussant apparemment les traditions romaines, la caractérisent néanmoins, soit comme une dérogation, soit comme une atteinte portée au principe de l'inefficacité de la promesse non acceptée.

(1) 1re partie.

Nous passerons en revue ces différentes opinions. Arnds[1] et Brinz[2] sont les adeptes de la première.

Brinz condamne en principe l'engagement unilatéral, en le tolérant pour la promesse de récompense, comme extension d'une exception connue en droit romain, de la pollicitation à une cité, à la pollicitation adressée au public.

L'assimilation pure et simple des deux institutions a attiré l'attention des jurisconsultes sur les différences qui les séparent. La *pollicitatio* romaine visait une personne déterminée, la promesse de récompense moderne s'adresse à une personne indéterminée. L'engagement du pollicitant naît immédiatement, le promettant de la récompense n'entre dans un rapport obligatoire qu'avec l'accomplissement de la prestation, au moment de la détermination de la personne du titulaire de la créance de récompense. L'engagement du pollicitant est pur et simple, celui du promettant d'une récompense est toujours conditionné par une prestation. Enfin on a invoqué le caractère strictement exceptionnel de la pollicitation à une cité qui est un *singulare beneficium universitatum vel aliorum corporum* admis *propter communem utilitatem* et relevant du droit public. La promesse de récompense peut bien servir les intérêts généraux, mais elle n'exclut pas la satisfaction d'intérêts individuels et dans nos temps modernes elle appartient avant tout au droit privé.

Mais on ne gagne pas beaucoup en rangeant la promesse de récompense parmi les pollicitations obligatoires au sens large, comme l'ont fait Puchta[3] et

(1) *Pandekten*, § 241.
(2) *Pandekten*, I, t. II, p. 143 en note.
(3) *Pandekten*, § 259.

Kuntze (1). Les deux dernières différences se trouvent écartées, mais les autres subsistent avec force. L'indétermination du créancier résiste à la *pollicitatio* comme au contrat. La seconde différence suit la première de près : la théorie de la *pollicitatio* n'explique pas la situation juridique qui caractérise la période de l'indétermination du créancier.

La troisième opinion diffère de la précédente en ce que, éclose dans le camp des germanistes, elle a complètement abandonné le terrain du droit romain. Ne reconnaissant pas d'autre autorité que celle du droit coutumier allemand, elle a abordé la nouvelle théorie sans idées routinières, sans parti pris. Siegel a été son plus brillant représentant, suivi d'une pléiade de disciples admirateurs.

Dans le chapitre premier de la première partie de cette étude, nous avons examiné de près la théorie générale de l'engagement unilatéral élaborée par Siegel. Certes, malgré le dédain des traditions romaines, leurs réminiscences n'ont pas cessé de le poursuivre et son engagement unilatéral est en tous points semblable à la pollicitation, c'est la promesse non acceptée, c'est l'offre de contrat.

Siegel a transporté dans ce domaine de l'engagement unilatéral concret, il a appliqué à la promesse de récompense la distinction de la promesse de se tenir à la parole donnée et de celle d'exécuter la parole donnée, qui n'intéresse que les rapports juridiques naissant d'une offre de contrat. *A priori*, on comprend son échec et nous l'avons fait pressentir. Le moment

(1) *Holzschuher's Theorie und Kasuistik des gem. Civ. Rechts*, t. III, p. 296 à 302.

est venu d'analyser en détail la pensée de Siegel.

« Dans la promesse de récompense publique il y a un engagement unilatéral qui oblige son auteur non seulement de se tenir à la parole, mais encore d'exécuter la prestation » (1).

Pour Siegel, la promesse de récompense se déroule en deux phases successives, au point de vue des effets produits par la volonté unilatérale. Dans la période de l'indétermination du créancier, le promettant est lié comme le serait l'auteur d'une offre de contrat, le cas échéant. Il est tenu de ne pas révoquer sa promesse. La promesse de récompense serait donc irrévocable jusqu'à l'accomplissement de la prestation. Avec cette dernière se réalise la condition de laquelle dépend le devoir d'une part et l'avoir de l'autre (2). Le rapport obligatoire s'est formé, l'auteur de la prestation a le droit d'exiger l'exécution de la promesse, le promettant est tenu de payer. Le créancier ne collabore point par sa volonté à la formation du lien obligatoire.

Telle est la thèse de Siegel. Elle méconnaît la nature véritable de l'engagement du promettant dans la phase de l'indétermination du créancier. Mettre à la charge du promettant l'obligation d'irrévocabilité et rien que cette obligation, c'est assimiler la promesse de récompense à une offre de contrat. C'est reculer le moment de la formation de l'engagement jusqu'à la détermination du titulaire, c'est n'admettre que l'engagement unilatéral à créancier déterminé, bref, c'est rendre hommage à la pollicitation. Et la pollicitation, on le sait, se trouve à la porte du contrat.

(1) P. 92.
(2) P. 104.

Siegel n'a pas su dégager la notion de l'engagement unilatéral des entraves qui l'enveloppaient.

II. *Théorie de l'engagement à créancier indéterminé.* — L'obligation secondaire de ne pas révoquer de Siegel a vécu son temps et les interprètes du nouveau Code civil mettent à la charge du promettant une véritable obligation juridique, une obligation de *dare*, *facere* ou *præstare*. Ils reconnaissent également, qu'à la détermination du créancier, la créance de récompense entrera dans le patrimoine de ce dernier par l'effet de la volonté unilatérale du promettant. Ils considèrent que le Code civil a statué ici sur l'une des exceptions à la règle de l'art. 305 prévues dans son texte. Nous nous sommes prononcés sur la valeur de cette interprétation (1).

Nous avons reconnu dans la promesse de récompense l'engagement unilatéral sous sa forme concrète, en tenant compte de sa large portée théorique et pratique. Aussi son analyse prend une importance décisive pour la révélation de la nouvelle théorie aux contours mal arrêtés encore.

Il est une question capitale suscitée par cette formation juridique nouvelle : que devient dans tout cela la conception traditionnelle de l'obligation, le *vinculum juris*, le rapport de droit entre le sujet actif et le sujet passif de l'obligation?

Comment parler de rapport obligatoire là, où il n'y a pas de sujet actif, en présence d'un créancier indéterminé ou plutôt en l'absence de créancier? Peut-on dissocier le côté actif et le côté passif de l'obligation sans dénaturer l'obligation elle-même? Quelle que soit la source de l'obligation

(1) 1re partie, chap. II.

— contrat, délit, quasi-contrat, quasi-délit, — elle suppose un créancier déterminé.

M. Lacroix, dans son *Étude d'une des sources d'engagement sur soi-même à créancier indéterminé, la stipulation pour autrui* (1), a voulu utiliser une théorie de Brinz pour éclairer cette matière.

La théorie que Brinz attribue au droit romain est fort subtile (2); il l'a mise à la base du droit des obligations. Brinz dédouble la notion d'obligation, en distinguant la responsabilité du débiteur et la dette proprement dite. La dette est une responsabilité concentrée, dirions-nous, mais la responsabilité ne représente pas une dette. A la dette correspond l'*actio*, à la responsabilité répond la notion de droit. C'est la responsabilité qui est l'essence de l'*obligatio* romaine, qui est désignée par l'*obligatio*.

La responsabilité, dit Brinz, peut exister sans que l'*actio* soit née encore. Songeons que le mandant ne peut exercer l'action de mandat, tant que le mandataire n'a pas commencé la gestion et que la responsabilité existe déjà; de même la responsabilité précède la naissance de la dette dans l'obligation à terme, où l'exercice de l'*actio* est retardée par la fixation du *dies*.

Le but de la responsabilité n'est pas la prestation, qui est l'objet de la dette (3), quand c'est une somme d'argent. Au contraire, la responsabilité ne sera mise en jeu qu'en cas de non-exécution de la prestation. Par l'exécution de la prestation, elle perd sa raison d'être. Il est vrai que les prestations promises seront exécutées en fait parce qu'une *obligatio*, une responsabilité existe à leur occasion. La res-

(1) Thèse, Paris, 1903-1904, p. 51.
(2) *Pandekten*, t. II, §§ 206 et suivants.
(3) § 209, *loc. cit.*

ponsabilité est une garantie de l'exécution de la prestation. Cette garantie condensée à un moment donné dans la dette, sera mise en œuvre par une *actio* (1).

Là où les personnes sont obligées, celles-ci forment l'objet de la responsabilité ou l'objet de la satisfaction. Sans doute la poursuite de la responsabilité a lieu sur le patrimoine et le patrimoine paraît être plutôt l'objet de la satisfaction; en réalité il est impossible que le patrimoine soit responsable, autrement chaque obligation personnelle serait une hypothèque générale. Le patrimoine n'est pas l'objet de la responsabilité, mais simplement un moyen de la poursuivre, il est *in solutione* non *in obligatione;* l'objet de la responsabilité est toujours la personne.

On ne reconnaît plus en cette théorie si subtile, en ces développements dans lesquels on s'engouffre comme dans un labyrinthe, les contours familiers des notions romaines.

Essayons de rassembler tous les éléments éparpillés par l'analyse : certes l'obligation se caractérise par l'existence d'une responsabilité à la charge du débiteur sans que le créancier souvent soit en mesure de dire : *dare facere oportere*, mais s'il y a un terme qui rend bien l'essence des subtilités de Brinz, c'est celui de *vinculum juris*, de lien de droit, appliqué à son *obligatio*, à la responsabilité, c'est le lien double, partant du débiteur pour aboutir au créancier.

Brinz dit lui-même (2), en définissant la *Gebundenheit*, synonyme de *Haftung*, responsabilité : elle trouve dans l'*obligatio*, dans le *vinculum juris, nexus, teneri*, son expression synonyme et ne peut être une dette, un devoir

(1) § 208.
(2) § 206, p. 1.

dans la *rei obligatio,* comme elle n'a pas besoin de l'être dans la *personæ obligatio.*

Ce lien de droit, ce rapport obligatoire, exige la détermination du créancier et nous ne pouvons rien gagner avec la conception de Brinz. C'est d'ailleurs le propre de toutes les théories de la haute autorité scientifique qu'est Brinz : la puissante originalité de son esprit transforme les concepts juridiques les plus simples en constructions nouvelles, étranges, qui frappent comme des créations personnelles et modernes. Ce faisant, il n'entend pas sortir du cadre des principes romains, étant un romaniste convaincu.

Il n'est donc pas exact de dire avec Lacroix (1) que dans la thèse de Brinz, l'essence de l'obligation n'est pas le lien. M. Saleilles (2), lui aussi, semble aller trop loin, en affirmant que, d'après l'idée de Brinz, l'obligation, au lieu d'être symbolisée par un lien entre deux personnes, se caractérisait uniquement par une charge assumée par le débiteur, comme une responsabilité prise par quelqu'un, exactement comme la propriété est la dette d'une chose.

Nous revenons ainsi à notre point de départ : l'admission de l'engagement à créancier indéterminé implique-t-elle le renversement des conceptions traditionnelles, qui ont apparu durant des siècles comme l'expression de la sagesse humaine? Non, la conception ancienne et la conception nouvelle vont coexister paisiblement. A côté de l'obligation à créancier déterminé figurera l'engagement à créancier indéterminé.

Par quoi cet engagement se distingue-t-il du rapport

(1) P. 52.
(2) *Théorie générale de l'obligation,* p. 300.

obligatoire classique? La réponse n'est pas simple. L'engagement unilatéral est un acte de réalisation successive, et dans chacune de ses étapes il remplit une fonction propre. Or, dans celle qui coïncide avec la détermination du créancier, la volonté unilatérale a pour mission précisément de créer le rapport obligatoire, de nouer le *vinculum juris* classique. Même, dirons-nous, elle y tend dès le début, c'est son but suprême.

Il ne faudrait donc chercher la véritable particularité de notre institution, au point de vue d'une conception nouvelle de l'obligation, que dans la période qui précède la détermination du créancier. Là, nous voyons une volonté liée sans qu'à l'obligation passive s'opposât l'obligation active, sans que la dette représentât un droit pour quelqu'un.

Comment caractériser cette situation juridique?

Bekker insinue la conception d'un droit sans sujet, *subjektloses Recht* (1). Mais on ne conçoit pas un droit sans sujet, car l'existence d'un droit suppose un rapport obligatoire, qui ne peut unir que des personnes déterminées. Le rapport obligatoire ne sera formé dans notre cas qu'avec l'accomplissement de la prestation désignée par la promesse de récompense.

M. Duguit (2), partisan enthousiaste de l'engagement juridique unilatéral, se borne à le définir comme un acte de volonté individuelle, déterminé par un but de solidarité sociale. L'acte unilatéral ne créerait pas un droit ordinaire, se présentant comme un rapport entre deux sujets, vieille notion devant être bannie de la science juridique, à l'avis de M. Duguit, mais une situation juri-

(1) *Pandekten*, t. I, p. 60; Stammler, *Unbestimmtheit des Rechtssubjekts*, p. 33.

(2) *L'État, le droit objectif et la loi positive*, p. 172 et suiv.

dique subjective. L'auteur s'abstient d'ailleurs de la préciser.

Un auteur français, M. Boistel (1), a touché, il nous semble, la note juste, tout en condamnant la nouvelle théorie : « Un droit n'existe qu'autant que son respect s'impose aux autres hommes.... Donc, tant qu'il n'y a pas de titulaire, de sujet actif de ce prétendu droit, il ne saurait s'imposer au respect, il n'existe pas comme droit, on ne conçoit pas plus une obligation sans créancier qu'on ne conçoit une propriété sans propriétaire. Ce qui est possible, c'est un bien existant sans maître actuel, une chose *nullius*. On pourrait donc imaginer que le débiteur prépare l'abandon d'une partie de son activité en en déterminant d'avance la quotité, la nature et les conditions ».

Cela est possible, en effet, et c'est la création d'une valeur patrimoniale, qui est réalisée par l'engagement unilatéral. Cette valeur est celle du *dare*, *facere*, *præstare*, promis par le débiteur, c'est la valeur d'une dette.

L'obligation à créancier indéterminé se distingue essentiellement, à notre avis, de l'obligation à personne déterminée par l'absence de la responsabilité du débiteur dans le sens que Brinz attribue à ce terme. Le débiteur crée une valeur, la valeur d'une dette, mais la responsabilité à l'occasion de cette dette ne se conçoit pas en dehors d'un rapport obligatoire. Elle naîtra avec la détermination de la personne du créancier de la récompense. La révocabilité de l'engagement unilatéral est une conséquence logique de cette idée. Le promettant dispose de son œuvre, tant qu'il n'en est pas dessaisi, il n'en répond envers personne.

Pour toutes ces raisons, il nous semble inexact et dan-

(1) *Philosophie du droit*, t. I, p. 424.

gereux d'introduire l'idée de responsabilité dans la notion d'obligation à créancier indéterminé.

Aussi, nous ne pouvons pas adhérer à la tentative ingénieuse de M. Saleilles [1] de construire l'engagement unilatéral en droit français en partant de la gestion d'affaires ou de l'idée de responsabilité. Cet auteur éminent veut rattacher à l'art. 1370 du Code civil français une de ces germinations spontanées de la pratique. Pour lui, l'idée d'être engagé par une promesse n'est pas étrangère au Code civil, mais elle y est acceptée sur le fondement d'une cause juridique, qui répond à l'idée d'indemnité ou de responsabilité au sens large.

Ainsi, dans la gestion d'affaires le tiers est responsable de son immixtion dans le patrimoine d'autrui. Dans l'engagement unilatéral le promettant aurait devancé l'obligation de la loi en fixant volontairement l'indemnité.

Mais par le fait de la publication de la promesse de récompense, quel dommage a-t-il été causé au public? Point d'immixtion dans le patrimoine d'autrui, point d'intérêts lésés, point de confiance du public qui soit digne de considération [2]. Nous avons vu qu'on a dû renoncer à trouver un fondement juridique ou même équitable à l'obligation aux dommages-intérêts du promettant en cas de révocation. A plus forte raison serait-il malaisé de maintenir l'obligation d'exécuter, « l'indemnité », à la charge du promettant en statuant l'irrévocabilité de l'engagement unilatéral. Or, qu'est-ce que cette responsabilité dont le débiteur peut se décharger à son gré?

Il faut reconnaître avec M. Geny [3] que le législateur

(1) Cf. Lacroix, *op. cit.*, p. 59.
(2) Cf. sect. 1, § 2 de cette partie.
(3) *Méthode d'interprétation*, p. 529 et suiv.

français n'a pas prévu le problème de l'engagement unilatéral.

L'idée de valeur qui caractérise l'engagement unilatéral dans la période de l'indétermination du créancier, apparaîtra comme plus ferme, plus palpable, en quelque sorte, à l'étude des titres négociables, dans la troisième partie de cette thèse.

CHAPITRE II

LA FONDATION ENTRE VIFS

La fondation est une création souveraine de la volonté unilatérale. Seule la fondation entre vifs nous intéresse ici. Les fondations testamentaires, quoique très voisines par leur source et par leurs effets, ne présentent pas le même intérêt, car elles émanent d'une volonté dont la consécration s'est imposée de tout temps, de la dernière volonté.

La fondation entre vifs appartient avec la promesse de récompense à la catégorie de l'engagement unilatéral concret, dépendant de sa cause. Il y a entre les deux institutions des affinités étroites : comme la promesse de récompense, la fondation repose sur la volonté d'un seul, comme elle, elle est destinée à des créanciers indéterminés. Enfin, son caractère concret ne se dissimule pas, tant elle est imprégnée par l'idée du but. Ces buts, ces causes, qui saurait les énumérer? Ce sont toutes celles que sert la promesse de récompense et plus, car l'attribution de la valeur par la fondation n'est pas soumise par la loi à une prestation du bénéficiaire. En conséquence, les fondations à fin de distribution annuelle de secours aux pauvres sont considérées comme licites.

L'affinité des deux institutions n'a pas été méconnue par les auteurs (1).

Ihering (2) l'a remarquée :

« La fondation n'est pas autre chose que la destination d'un capital ou d'une propriété *in incertam personam*.... Toute la différence se réduirait à ce que la récompense se consomme en une fois, tandis que la fondation se répète. Un concours à prix unique est une promesse de récompense, un fonds destiné à une distribution périodique de prix est une fondation ». Relevons cette différence qui est essentielle : la volonté unilatérale se perpétue dans une fondation, tandis qu'elle ne vit qu'un temps, qu'elle s'épuise immédiatement dans la promesse de récompense.

La perpétuité de la volonté individuelle se réalise par la création d'un nouveau sujet de droit, personnifiant la volonté du fondateur. Le Code civil allemand reconnaît à la volonté privée la puissance suprême de créer des êtres de raison, des personnes juridiques et par là il l'érige en véritable force créatrice sociale, selon l'expression de Behrend (3).

Un des traits fondamentaux du Code civil allemand est d'être une législation sociale et en cela il porte bien l'empreinte de son époque, par opposition au caractère individualiste des Codes plus anciens. Il s'est fait l'écho des tendances modernes et il consacre l'activité de l'individu sur ce terrain non défriché encore des intérêts sociaux. La conscience de l'étroit enchaînement des intérêts privés et des intérêts généraux pousse les individus à collaborer avec la société à la grande œuvre du progrès. Ce sentiment du social devait conduire le législateur allemand à

(1) Elster, p. 140; Siegel, p. 95; Behrend, *Die Stiftung*, p. 355.
(2) *Dogm. Jahrb.*, t. IV, p. 102.
(3) *Die Stiftung*, p. 364.

soumettre à un traitement particulier la volonté unilatérale, qui, par son indépendance même vis-à-vis de toute autre volonté est un instrument tout désigné au service de l'épanouissement de l'initiative privée; d'où admission si large et si complète de l'engagement unilatéral, d'où efficacité de la volonté d'un seul, tendant à créer des personnes juridiques, à faire œuvre durable et autonome. En vérité, c'est là un acte de création sociale, émanant d'une force créatrice sociale et la volonté unilatérale a été consacrée telle par la législation allemande.

Nous constaterons à plusieurs reprises l'immixtion en cette matière du droit public et une certaine participation de l'État, mais ce n'est là que le contre-coup de l'extension des pouvoirs individuels.

La fondation entre vifs prend sa source dans l'acte de fondation, c'est lui que nous nous proposons d'étudier dans ses conditions et dans ses effets, en prenant soin de ne pas effleurer le problème de la personnalité juridique, intéressant et mystérieux, qui ne rentre pas dans les cadres de ce travail.

§ 1. — Conditions de l'acte de fondation.

L'acte de fondation appartient essentiellement au droit privé. Ses éléments, son contenu et ses effets sont de droit privé, même dans la mesure dans laquelle ils tendent à la création d'une personne juridique [1]. Le fait que ce dernier effet contient des éléments de droit public et que le droit public s'occupe beaucoup de la personne juridique déjà créée n'y change rien.

(1) Staudinger, t. I, sur l'art. 80.

L'art. 81, al. 1 dispose :

« L'acte de fondation entre vifs exige la forme écrite ».

C'est une déclaration de la volonté ne s'adressant pas à partie ou ne s'adressant à personne et parfaite par son émission même.

Ses conditions de fond ont trait à la volonté, à la capacité du fondateur, à l'objet et à la cause de l'acte. La capacité du fondateur est celle du droit commun ; elle n'est exigée qu'au moment de la rédaction de l'acte. Les vices de la volonté sont régis par les principes généraux (1). Il semble que le droit de demander l'annulation de l'acte, en dehors de l'auteur, ne soit réservé qu'à l'héritier, si on s'accorde à dénier ce droit à la fondation elle-même en la personne de ses administrateurs.

Quel est l'objet de l'acte de fondation? Nous allons prendre parti sur une question très débattue en doctrine et sur laquelle les voix se partagent (2).

Pour les uns, et nous adhérons à cette manière de voir, l'objet de l'acte de fondation est double. Le fondateur poursuit deux créations : celle d'un engagement unilatéral tendant à détacher un élément de son patrimoine au profit de créanciers indéterminés et la création d'une personne juridique, comme moyen de donner à ce patrimoine détaché, isolé, une existence indépendante, un sujet de droit. L'une relève du droit des obligations, l'autre du droit des personnes. L'une consiste à faire naître le sujet du droit, l'autre appelle l'objet du droit à l'existence. Mais elles sont unies par un lien étroit : les deux ne valent que par le but qui est leur raison d'être. Brinz désigne la

(1) Stintzing, *Arch. f. d. zivil. Praxis*, t. 88, p. 404.

(2) Sur les partisans respectifs des deux idées, cf. Staudinger, sur l'art. 80, t. III, 2.

fondation comme un patrimoine affecté à un but. Elles sont inséparables aussi, dans l'idée de certains auteurs, en ce que le patrimoine de la fondation forme le *substratum* de la personne juridique.

L'opinion contraire, qui réunit également un nombre considérable de suffrages, estime que l'acte de fondation est parfait même s'il ne vise qu'un seul objet : la création d'une personne juridique. L'affectation du patrimoine s'effectuerait plus tard par un acte séparé. Planck (1) fait remarquer très justement qu'il ne voit pas pourquoi la législation tolérerait la création de sujets de droit artificiels pour servir certains buts sans qu'un patrimoine leur soit affecté en même temps. Des difficultés insurmontables s'élèveraient avec ce système dans le cas, et c'est l'hypothèse courante, où un patrimoine serait affecté à la fondation par l'acte de fondation même, puisqu'il s'agirait d'un transfert de droits à une personne inexistante encore, son existence légale ne datant que de l'approbation de l'État. De plus, l'engagement du fondateur doit précéder nécessairement la naissance de la personne juridique, qui survient avec l'approbation administrative, puisque d'après l'art. 82, la fondation est investie de son patrimoine au moment de sa naissance. Cette opinion manque de netteté et il paraît plus conforme aux dispositions positives de la loi d'envisager l'affectation du patrimoine comme une partie intégrante de l'acte de fondation (2).

Nous allons procéder à un examen détaillé du double objet de l'acte de fondation. Nous ne nous attarderons pas à l'objet de l'engagement : c'est un *dare, facere* ou *præstare*

(1) *Komm.*, t. I, sur l'art. 81, 2.

(2) En ce sens : Planck; Kohler, *Arch. f. b. R.*, t. III, p. 228. Contre :

n'offrant pas de difficultés; c'est généralement un patrimoine comprenant divers droits. L'autre objet de l'acte de fondation est plus intéressant : il vise la création d'une personne juridique. La volonté individuelle, en cette occasion, est une force créatrice sociale et comme telle doit faire preuve d'une intensité plus grande, d'une prévoyance moins coutumière : elle doit établir la constitution de la personne juridique.

> Art. 85 : « La constitution statutaire d'une fondation, en tant qu'elle ne résulte pas de lois d'Empire ou de lois d'États, est établie par acte de fondation ».

La volonté individuelle concourt ici avec les lois d'Empire et les lois d'État.

La constitution d'une fondation comprend les points suivants (1) :

1° Le but de la fondation ;

2° La détermination des moyens de réalisation du but;

3° La nomination et la détermination des pouvoirs des organes de la fondation ;

4° L'utilisation des revenus du patrimoine de la fondation et la détermination des bénéficiaires ;

5° Le siège de la fondation ;

6° Le nom ;

7° La durée, la modification, la fin de la fondation; les dispositions relatives à la succession de la fondation.

Dans cet ordre d'idées nous citerons l'art. 86 :

> « Il y a lieu de faire aux fondations application correspondante des dispositions de l'art. 26, de l'art. 27, al. 3 et des art. 28, 31, 42; mais il n'en

Hölder, *Komm.*, t. I, sur l'art. 80; Stintzing, *op. cit.;* Staudinger, t. I, sur l'art. 80; Gierke, *D. Pr. R.*, t. I, § 78.

(1) Staudinger, t. I, p. 264.

est ainsi des dispositions de l'art. 27, al. 3, et de l'art. 28, al. 1, que dans la mesure seulement où, de la constitution statutaire de la fondation, et en particulier de ce fait que l'administration de cette dernière serait exercée par une autorité publique, ne résulte pas une solution différente. Les dispositions de l'art. 28, al. 2, et celles de l'art. 29 ne s'appliquent pas aux fondations dont l'administration est exercée par l'autorité publique ».

Cet article applique aux fondations différentes règles relatives à la gestion de la fondation, empruntées aux dispositions correspondantes admises en matière d'associations (1).

Voici donc une première donnée pour l'intelligence de l'efficacité exorbitante de la volonté individuelle : cette dernière préside à l'établissement d'une constitution. Un coup d'œil rapide sur le droit public et la vie publique montre qu'une constitution intervient là où il s'agit d'ordonner des relations concernant non des individus isolés, mais des communautés, un nombre illimité de personnes, par conséquent de donner une réglementation durable à certaines situations, à certains besoins se renouvelant continuellement.

Cela nous amène incontinent à parler du but, notion inséparable de celle de constitution. Le but de la fondation est dû à une autre initiative merveilleuse du fondateur.

Ce but, qui est la cause de l'engagement du fondateur, dont la poursuite nécessite une constitution et qui ne saurait être satisfait par le moyen d'un rapport juridique

(1) Cf. Talandier, *De l'engagement par volonté unilatérale*, thèse, Toulouse, 1911-1912, p. 133.

ordinaire, n'est pas un but comme un autre. A la différence des causes juridiques ordinaires, qui ne durent que ce que dure le rapport juridique qu'elles ont déterminé, le but de la fondation renaît constamment, à mesure qu'il est atteint, avec le renouvellement continuel des circonstances qui demandent sa réalisation (1).

Ce but est abstrait. Entendons-nous sur l'acception du terme abstrait appliqué à la cause de l'acte de fondation. Il signifie qu'elle dérive, qu'elle se compose d'une série de causes juridiques concrètes visant des rapports juridiques déterminés, lesquelles en se consommant, ne réussissent pas à absorber, à épuiser la cause abstraite qui les couvre toutes.

Le caractère abstrait de la cause de l'acte de fondation ne signifie pas que ce dernier est un acte abstrait, indépendant de sa cause juridique. Au contraire, il est entièrement dominé par l'idée de but, tant au point de vue de la création souveraine d'une personne juridique nouvelle, qu'au point de vue de l'engagement qu'il contient, ce qui nous a permis de le classer avec la promesse de récompense dans la catégorie de l'engagement unilatéral concret.

Aussi nous protestons contre l'affirmation de M. Saleilles, qui s'est fait sur ce point l'écho fidèle des commentateurs allemands : « L'acte obligatoire (de fondation) a le caractère d'une promesse abstraite indépendante de sa cause » (2). Ce lieu commun de la littérature juridique allemande repose sur une méprise. Stintzing (3) dit, que la fondation quoique créée, soit *solvendi*, soit *conditionis implendæ*,

(1) Cf. Behrend, *Die Stiftung*, p. 381.

(2) *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand* (*Revue du droit public*, t. XVI, p. 226).

(3) *Arch. f. die zivil. Praxis*, t. LXXXVIII, p. 409.

soit *donandi causa* à l'égard des bénéficiaires est indépendante de toutes ces causes. Rien de plus évident, puisque toutes ces causes ne sont pas celles de l'acte de fondation, elles sont reléguées au rang de motifs, que le droit ne considère pas. La cause de l'acte de fondation est une cause *sui generis* différente de celles qui déterminent en règle générale les engagements juridiques. C'est une cause abstraite, de droit public, transportée dans le domaine du droit privé.

Le sort de la fondation est lié à celui de sa cause :

> Art. 87 : « Lorsque l'accomplissement du but de la fondation est devenu impossible ou s'il compromet l'intérêt public, l'autorité compétente peut donner pour but à la fondation une destination différente ou supprimer la fondation.
>
> Au cas de transformation du but, on doit avoir égard, autant que possible, à l'intention du fondateur, et faire en sorte, en particulier, que les revenus du patrimoine de la fondation restent attribués, autant que possible, de la façon qu'avait en vue le fondateur, à la catégorie de personnes auxquelles ils devaient profiter. L'autorité peut modifier la constitution statutaire de la fondation, dans la mesure où la transformation du but l'exige.
>
> Avant toute transformation du but et toute modification de la constitution statutaire, la direction de la fondation doit être entendue ».
>
> Art. 88 : « Lorsque la fondation prend fin, le patrimoine est dévolu aux personnes désignées par la constitution statutaire. Reçoivent application correspondante les dispositions des art. 46 à 53 ».

A un autre point de vue l'acte de fondation est abstrait,

comme tout engagement unilatéral. On ne peut pas le faire dépendre d'un contrat, d'une stipulation pour autrui, par exemple. Il est essentiellement le produit d'une seule volonté. La validité de l'acte de fondation ne pourra pas être subordonnée aux rapports existant entre le stipulant pour autrui et le promettant. Ainsi la promesse du fondateur de ne pas révoquer l'acte n'aura aucune sanction juridique (1).

Est-ce pour cela que l'acte de fondation est qualifié d'abstrait par les auteurs allemands? Mais à ce titre la promesse de récompense, elle aussi, serait abstraite!

Les buts des fondations sont très divers. Le plus souvent elles servent des intérêts généraux ; ce peuvent être aussi des fondations de famille au profit des membres de la même famille.

Il y a des fondations dont le but est temporaire, par exemple, celle qui doit profiter aux blessés d'une guerre déterminée.

Le but désigne les bénéficiaires de la fondation, comme ceux de la promesse de récompense. Même les fondations, dites impersonnelles (2), sont finalement destinées à des personnes : fondations scientifiques, fondation d'un monument, d'un parc public. Il existe cependant des fondations au profit des animaux.

Le but et la constitution de la fondation sont deux données de droit public, lesquelles revêtent la volonté privée qui les manie d'un éclat tout particulier, et avec elles nous tenons la clef de l'énigme de la puissance créatrice de la volonté individuelle. La capacité civile de la fondation sera l'œuvre de l'État.

(1) Planck, t. I, p. 118.
(2) Kohler, *Arch. f. bürg. R.*, t. III, p. 262.

Les conditions analysées ci-dessus suffisent à la validité de l'acte de fondation. Cette solution, qui est celle de la majorité des commentateurs et qui ressort du texte de la loi, a été contestée par des savants dont l'autorité n'est pas négligeable. Hölder (1) et à sa suite Manigk (2) ont considéré que l'acte de fondation n'est parfait comme déclaration de volonté, qu'au moment de la réception par l'administration de la demande d'approbation qui lui est adressée par le fondateur.

Manigk part d'une théorie qui lui est personnelle des déclarations de volonté. Il est généralement reconnu que les déclarations ne s'adressant à personne, auxquelles appartient l'acte de fondation, à la différence des déclarations s'adressant à partie, n'ont pas besoin de réception, pour arriver à la perfection. Il reste pour elles l'étape de l'émission. Or, avec l'accomplissement des formalités de l'écriture, qui constituent son émission, la déclaration de volonté portant acte de fondation doit être considérée comme parfaite. Aussi, en nous tenant avec la majorité des commentateurs à cette solution, nous croyons respecter les principes régissant les déclarations de volonté. Manigk, en élaborant une définition nouvelle des déclarations ne s'adressant à personne, ne veut pas admettre pour elles l'exclusion de la phase de la réception. Nous ne le suivrons pas dans ses dissertations savantes, mais nous reconnaissons simplement que sa théorie échoue en cette matière. L'art. 81, al. 2, prévoit implicitement le droit de révocation du fondateur dans la période qui précède la demande d'approbation auprès de l'autorité compétente. C'est donc que la loi reconnaît le caractère

(1) *Komm.*, t. I, p. 191.
(2) *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 1907, p. 320.

achevé, parfait de l'acte de fondation, car un acte inachevé, inexistant juridiquement, n'a pas besoin d'être révoqué.

§ 2. — Effets de l'acte de fondation.

L'effet immédiat de l'acte de fondation, comme de tout acte d'engagement unilatéral, est de lier son auteur. Ce lien juridique se présente non comme un rapport obligatoire avec un caractère double, actif et passif, mais sous l'aspect d'un lien unilatéral, qui se manifeste par la création d'une valeur, que le fondateur isole dans son patrimoine. Cette valeur est révocable, tant qu'elle fait partie du patrimoine du fondateur. L'engagement ne revêtira l'irrévocabilité qu'au moment — et ce moment inaugure un deuxième ordre d'effets qui découlent de l'acte de fondation — où le fondateur en sera dessaisi par la détermination du créancier, par la constitution de la personnalité juridique de la fondation.

Si l'acquisition de la créance au bénéficiaire, lequel par son indétermination est resté étranger à l'acte qui a engendré l'obligation, semble épuiser la série des effets directs de la volonté unilatérale, la fondation nous réserve le phénomène étrange d'une sorte de perpétuation de la volonté du fondateur au delà des limites normales. Il est certain que le fondateur perd, avec la constitution de la personne juridique, toute prise sur l'œuvre qu'il a créée. Mais cette œuvre, c'est sa volonté même, personnifiée et menant une existence indépendante. Et lorsque nous envisagerons la situation des bénéficiaires de la fondation, nous les déclarerons créanciers par l'effet d'un engagement unilatéral.

Kohler, l'adversaire acharné de l'engagement unilatéral

en matière de promesse de récompense, a dit, à propos des fondations, avec une pénétration touchante [1]. « Rien n'a nui plus à la théorie de la création (c'est le nom que les auteurs allemands se plaisent à donner quelquefois à notre théorie) que la supposition, qu'avec la création se réalisent déjà les effets visés par elle ». Seule la création, l'engagement de longue échéance, de grande envolée, dont l'instrument puissant est la volonté unilatérale, peut réaliser cet échelonnement successif d'effets.

La personnalité juridique de la fondation ne date que de l'autorisation administrative, conformément à l'art. 80 :

> « Pour donner naissance à une fondation douée de capacité de jouissance des droits, est exigée, en dehors de l'acte de fondation, l'approbation de celui des États confédérés dans le territoire duquel la fondation doit avoir son siège. Si la fondation ne doit avoir son siège dans aucun des États, l'approbation du Bundesrath est exigée. Est réputé siège de la fondation, à moins qu'il en ait été disposé autrement, le lieu où l'administration en est exercée ».

La loi ne prévoit que deux conditions pour la constitution de la personne juridique : l'acte de fondation et l'approbation administrative. On est allé jusqu'à se demander si une requête du fondateur était nécessaire pour obtenir l'autorisation administrative. L'acte de fondation apparaît comme tellement achevé et parfait, qu'on a pu envisager la possibilité d'une intervention de l'État, d'office, pour ériger la fondation en personne juridique. Les commentateurs repoussent cette solution. L'acte de fon-

(1) *Arch. f. b. R.*, t. III, p. 230.

dation est librement révocable et l'État ne peut pas, par sa seule initiative, lui attribuer l'irrévocabilité. De ce que la requête n'est pas spécialement mentionnée parmi les conditions d'existence de la personne juridique, on déduit cependant que, pour faire la preuve de la validité de la fondation, il suffira d'établir l'existence de l'acte de fondation et de l'autorisation administrative (1). D'autre part, le fondateur sera toujours admis à démontrer que l'État est intervenu à défaut de requête.

Si l'autorisation administrative est refusée, la fondation douée de capacité civile n'arrive pas à l'existence. L'acte de fondation survit et peut servir de base à une nouvelle demande d'autorisation, même si le fondateur meurt ou devient incapable, car l'acte de fondation est parfait par lui-même.

L'intervention de l'État a suscité bien des réflexions. Est-elle justifiée? Le Code civil allemand la pose comme une condition *sine qua non* de la fondation, comme un principe absolu, auquel aucune fondation n'échappe. Les amendements tendant à restreindre l'arbitraire de l'administration, en distinguant les fondations d'utilité générale et d'utilité privée, ont été repoussés par les législateurs (2).

Toute fondation en droit allemand doit revêtir la personnalité juridique, à moins qu'il ne s'agisse de l'affectation d'un patrimoine au profit d'une fondation déjà existante.

Certains auteurs, notamment Behrend (3), considèrent l'approbation de l'État, comme rentrant dans la notion même de fondation. Cette dernière emprunte à l'État l'organisation, la constitution, le but abstrait, qui l'élève au-

(1) Planck, t. I, p. 119.
(2) Saleilles, *Rev. de dr. publ.*, t. XVI, p. 215.
(3) *Stiftungen*, p. 432.

dessus des intérêts particuliers : elle lui ressemble dans les lignes fondamentales de sa structure. D'où l'idée, que l'État doit rationnellement participer à la création de la personne juridique et parfaire ainsi la volonté individuelle qui s'est manifestée, par son intensité plus qu'ordinaire, comme une force créatrice sociale.

La même question surgit dans une autre formule : L'approbation de l'État est-elle de nature déclarative ou constitutive de la fondation?

Gierke soutient qu'elle est déclarative (1). L'unique source de la fondation est l'acte de fondation, l'acte juridique privé. L'État ne fait que déclarer cet acte valable ou non valable, en accordant ou en refusant son approbation. Hölder partage cette opinion (2).

Une autre conception plus généralement adoptée voit dans l'approbation administrative une seconde exigence indépendante pour la validité de la fondation. Le fondateur et l'État collaborent à la création de la fondation; l'approbation de l'État a, elle aussi, un caractère constitutif, elle confère la capacité civile. Cette conception paraît être celle du Code civil allemand. Behrend s'en est fait l'écho, en envisageant l'approbation de l'État, comme inhérente à la notion même de la fondation. L'autorisation administrative ne déclare pas l'acte de fondation valable ou non (3), elle présuppose un acte valable et ne peut pas remédier aux défauts de l'acte. Un acte de fondation invalide ne peut pas servir de base à une fondation et une personne juridique ne pourra pas en naître : ainsi, la fondation court le danger d'être supprimée, si elle est constituée *in fraudem creditorum*. On ne voit pas comment un acte

(1) *D. Priv. R.*, t. I, p. 650.
(2) *Natürliche und juristische Personen*, p. 248.
(3) Staudinger, t. I, sur l'art. 80.

de droit public, un acte d'autorité de l'État, peut suppléer à l'absence d'une condition de validité d'un acte de droit privé. L'approbation administrative a pour unique effet de conférer la capacité civile à la fondation.

Les considérations pratiques viennent corroborer fortement ces considérations d'ordre théorique. « De plus en plus la pénétration du droit public et du droit civil se réalise aujourd'hui, sous le courant des idées sociales qui nous dominent et qui ne permettent plus au droit individuel de s'isoler comme jadis dans sa forteresse inexpugnable, sans qu'il pût lui être imposé de se soumettre aux exigences et garanties réclamées par l'intérêt de la collectivité »(1).

Les fondations ont souvent une durée illimitée, elles disposent fréquemment d'un capital important, qui est mort pour la circulation, elles peuvent mettre des obstacles à la libre évolution de la vie économique et même faire dévier le progrès de sa voie normale. Il est inadmissible que la volonté individuelle soit libre de créer à son gré des personnes juridiques d'une si grande puissance. L'État doit être érigé en juge suprême du but des fondations. Le confert de la capacité civile n'aura lieu que si l'État approuve le but de la fondation. Elle sera refusée si l'État ne l'approuve pas.

L'acte de fondation est essentiellement révocable jusqu'à l'octroi de l'autorisation administrative, faisant naître la personne juridique, créancière du fondateur. La révocation est le *contrarius actus* qui met fin à l'acte unilatéral et ce n'est là que l'application d'un principe général.

Art. 81, al. 2 : « Jusqu'à ce que l'approbation ait été accordée, le fondateur a le droit de révocation.

(1) Saleilles, *Bulletin de la Société d'études législatives*, t. V, p. 268.

> Une fois l'approbation demandée auprès de l'autorité compétente, la révocation ne peut être déclarée que vis-à-vis de cette dernière. L'héritier du fondateur n'a pas droit à la révocation, si le fondateur avait présenté sa demande auprès de l'autorité compétente, ou si, l'acte de fondation ayant reçu constatation authentique sous forme judiciaire ou notariée, la justice ou le notaire, au moment de la constatation authentique de l'acte ou après, ont été chargés de cette présentation ».

La révocation est dénuée de formes. Elle peut se manifester expressément ou tacitement, si le fondateur dispose à d'autres fins du patrimoine affecté à la fondation. Elle résulte pratiquement de la destruction matérielle de l'acte de fondation.

Une fois l'approbation demandée, la révocation ne peut être déclarée que vis-à-vis de l'autorité compétente, conformément au texte de la loi. Les auteurs ne sont pas d'accord sur la sanction de cette disposition. En fait, si le fondateur dispose du patrimoine de la fondation, cette dernière reste sans objet. Nous y reviendrons encore.

On s'est demandé, quelle est la valeur juridique de la révocation, qui précède la requête en autorisation du fondateur, puisque l'acte de fondation à lui seul ne suffit pas pour ériger la fondation en personne juridique. Pour nous, la réponse est nette : même en l'absence de l'autorisation administrative l'acte subsiste en tant qu'engagement unilatéral, sur lequel l'État n'a pas de prise et après la mort du fondateur ses héritiers pourront encore requérir l'autorisation. La révocation met fin à tout cela.

D'autre part, l'héritier du fondateur a le droit de révocation, réserve faite des hypothèses, prévues par l'art. 81, al. 2.

Avec l'octroi de l'autorisation administrative, l'engagement unilatéral contenu dans l'acte de fondation, entre dans sa deuxième et dernière phase au point de vue de ses effets directs. C'est la phase caractérisée par la détermination du créancier et la formation du rapport obligatoire.

Nous distinguerons deux ordres d'idées se rattachant à la situation juridique engendrée par la naissance de la personnalité morale de la fondation : l'acquisition du patrimoine à la fondation et la responsabilité du fondateur envers la fondation.

I. *L'acquisition du patrimoine à la fondation.* — Désormais, la personne du créancier, qui appartenait à un avenir incertain au moment de la création de l'engagement, se dessine avec la netteté nécessaire à un sujet de droit. La personne juridique représente aux yeux du fondateur toute la masse indéterminée des bénéficiaires éventuels. Elle est investie de son patrimoine *ipso jure*, au moment de sa naissance, par l'effet de la volonté unilatérale.

Conformément à la séparation admise de droit commun entre les modes constitutifs d'obligations et les modes de transfert des droits, le fondateur doit procéder aux différents actes de transfert requis par chacun des droits prévus dans l'acte de fondation, notamment pour les droits, dont l'acquisition est soumise à des solennités de forme et de publicité pour la garantie des tiers, comme l'aliénation de droits réels, etc. L'art. 82 se borne à l'affirmer :

> « Une fois la fondation approuvée, le fondateur est obligé de réaliser le transfert, au profit de la fondation, du patrimoine assuré à cette dernière dans l'acte de fondation. Les droits dont le contrat de cession suffit à opérer le transfert passent à la fondation

par le seul fait de l'approbation, en tant que de l'acte de fondation ne résulte pas une intention différente de la part du fondateur ».

Dans cette dernière hypothèse, celle des droits transmissibles par la cession, on peut dire, et c'est une idée chère à Behrend (1), que la perfection de l'engagement unilatéral se confond avec son exécution. Entendons par perfection l'obtention de l'effet suprême de l'engagement unilatéral, la création du rapport obligatoire : à peine formé, il est rompu.

Cette disposition positive de la loi montre bien que le rapport obligatoire désormais noué entre fondation et fondateur est l'œuvre souveraine de la volonté unilatérale, sans qu'il soit question de l'adhésion ou du consentement du créancier. Ce résultat n'aurait pu être obtenu que par un acte de volonté unilatéral. Les auteurs, à peu d'exceptions près, sont unanimes sur ce point. Et Kohler lui-même est très persuasif (2) : « Le côté patrimonial de la fondation (de l'acte de fondation) consiste en ce que, par un acte obligatoire ou de disposition, un patrimoine est affecté à la personne juridique, et de manière que cette affectation soit efficace au moment de la naissance de la personne. Pour cette raison, l'affectation du patrimoine, de même que la création de la personne juridique, ne peuvent être réalisés que par acte de création, par acte unilatéral : parce qu'au moment de la naissance de la personne juridique, l'affectation doit être accomplie déjà ».

Dans l'opinion qui veut distinguer l'affectation du patrimoine de l'acte de fondation, toutes ces données sont bien moins claires. M. Saleilles (3) s'en est fait l'interprète : « A

(1) *Stiftungen*, p. 355.
(2) *Arch. f. bürg. R.*, t. III, p. 239.
(3) *Rev. de dr. publ.*, t. XVI, p. 225.

supposer que l'acte d'affectation proprement dit se confonde avec l'acte de fondation, il importe encore d'en distinguer l'acte de disposition par lequel le fondateur, après avoir indiqué en quoi consisterait le patrimoine de la fondation, entend s'engager lui-même à procéder aux actes juridiques nécessaires à cette acquisition ». L'art. 82 viserait cet acte de disposition. Comment l'engagement du fondateur, contenu au dire de M. Saleilles, dans cet acte de disposition, se trouve-t-il exister à sa charge dès que naît la personnalité morale de la fondation? Dériverait-il de l'autorité de la loi? Il faudra reconnaître qu'il est antérieur à l'approbation administrative, quoique postérieur à l'acte de fondation, ou simplement distinct de ce dernier. Mais, poursuit M. Saleilles, « il dérive de l'acte de fondation, de l'acte d'affectation qui s'y trouve impliqué, et il repose sur une promesse unilatérale ». S'il en est ainsi, l'acte de fondation contient un acte d'affectation obligatoire et alors à quoi sert l' « acte de disposition par lequel le fondateur entend s'engager »? Il y a dans cette opinion des contradictions manifestes.

En parlant de différents actes auxquels doit procéder le fondateur, l'art. 82 ne vise que des actes d'exécution de l'engagement et non l'acte d'engagement lui-même, qui fait partie intégrante de l'acte de fondation.

II. *La responsabilité du fondateur.* — Il y a là encore une question sujette à discussion. A partir de quel moment le fondateur peut-il être rendu responsable de l'inexécution de son engagement? De quel moment date sa responsabilité « contractuelle » au sens extensif de ce terme? Autrement dit, à quel moment le rapport obligatoire est-il formé? La réponse ne nous paraît pas douteuse : le moment de la formation du rapport obligatoire est fixé

pour tout engagement unilatéral par le fait de la détermination du créancier. En cette matière est décisif l'octroi de l'autorisation administrative, grâce à laquelle la fondation se trouve érigée en personne morale.

Des autorités scientifiques, comme Hölder et Saleilles, ont soutenu cependant, que l'engagement unilatéral du fondateur peut être assimilé, dès la requête en autorisation, à une obligation conditionnelle ordinaire suspendue jusqu'à l'octroi de l'autorisation, et ont mis à la charge du fondateur la responsabilité d'un débiteur sous condition suspensive. Or, il ne faut pas oublier, que l'obligation conditionnelle est une obligation au sens romain de ce terme, c'est un rapport obligatoire qui suppose pour sa formation un créancier déterminé. De plus, elle est irrévocable comme toute obligation romaine. Ce n'est pas du tout notre cas : jusqu'à l'approbation administrative, il ne peut pas être question d'un rapport obligatoire, faute de créancier. Il n'y a qu'une valeur, dépendant de la volonté du fondateur et essentiellement révocable.

Nous avons eu maintes fois l'occasion de combattre la construction d'obligation conditionnelle, dans laquelle on veut enserrer l'engagement unilatéral. La détermination du créancier n'est pas une condition, circonstance accessoire, c'est un élément du rapport obligatoire auquel tend l'engagement unilatéral. Dire avec Hölder[1] et Saleilles[2] que le fondateur est obligé sous une double condition : sous la condition que l'autorisation soit donnée et que lui-même n'ait révoqué en temps suffisant et dans les formes requises, ce serait affirmer, en se transportant dans le

(1) *Komm.*, t. I, p. 195.
(2) *Rev. de dr. publ.*, t. XVI, p. 228

domaine du contrat, que le débiteur d'une obligation contractuelle n'est obligé que sous la double condition : qu'il maintienne son offre et que l'autre partie l'accepte ; bref, c'est fausser des notions élémentaires. Avec Planck, Staudinger et la majorité des auteurs, nous nions qu'il y ait à la charge du fondateur une obligation conditionnelle. L'engagement du fondateur est pur et simple, quoique révocable.

Les commentateurs arrivent à cette conclusion, en invoquant surtout la faculté de révocation du fondateur, qui tend à assimiler l'acte de fondation à un testament, au point de vue des dispositions qu'il contient. Si le fondateur ne peut révoquer son engagement après l'envoi de la demande en autorisation que vis-à-vis de l'autorité compétente, cette restriction ne détruit pas le principe de la révocabilité.

Et voici l'intérêt pratique de cette controverse : qu'adviendra-t-il, si le fondateur révoque son engagement à l'insu de l'autorité par une aliénation, par exemple, des biens affectés à la fondation ? Quelle est la sanction de la disposition de l'art. 81, al. 2? MM. Hölder et Saleilles proposent d'appliquer les art. 160-161 sur la responsabilité du débiteur sous condition suspensive.

> Art. 160, al. 1 : « Quiconque est un ayant droit sous une condition suspensive peut, au cas de la réalisation de la condition, exiger de l'autre partie réparation du dommage, si cette dernière, pendant que la condition était pendante, a par sa faute anéanti ou amoindri le droit dépendant de la condition ».
>
> Art. 161, al. 1 : « Si quelqu'un, sous une condition suspensive, a disposé d'un objet, tout autre acte ultérieur de disposition auquel il procéderait

relativement à l'objet, pendant que la condition est en suspens, est, au cas de la réalisation de la condition, inefficace, dans la mesure où cet acte anéantirait ou amoindrirait les effets juridiques, dont la mise en vigueur dépend de la condition. Il faut assimiler à un acte de disposition de cette nature l'acte de disposition, qui, pendant que la condition est en suspens, interviendrait sous forme d'exécution forcée ou de procédure de saisie ou par le fait d'un syndic de faillite ».

Ces deux articles traitent tour à tour des actes de disposition matériels et juridiques par lesquels le droit conditionnel peut se trouver atteint.

En s'inspirant de la similitude intime entre l'acte de fondation et le testament Planck réclame par contre l'application des art. 2164 à 2173 sur l'interprétation des legs. Si dans la période qui s'écoule jusqu'à l'octroi de l'autorisation, des modifications interviennent dans la consistance des objets affectés à la fondation, il faudra supposer, que ce qui a remplacé ces objets dans le patrimoine du fondateur profitera a la fondation (art. 2164, al. 2, 2169, al. 3, 2172, al. 2, 2173). — De même, seront applicables les dispositions sur les accessoires (art. 2164, al. 1); sur les droits qui grèvent l'objet légué (art. 2164 à 2168); sur le legs d'un objet, qui ne fait pas partie de la succession au moment de son ouverture (art. 2165, al. 1, 2170); sur le legs qui porte sur une prestation impossible lors de l'ouverture de la succession. Le moment de l'ouverture de la succession correspondra au moment de l'octroi de l'autorisation. Cette opinion à notre avis donne la solution exacte, car elle tient compte de la véritable nature de l'acte de fondation.

Sur la question de la garantie du fondateur vis-à-vis de

la fondation, les avis sont partagés également. Les uns, et c'est la majorité, appliquent les dispositions relatives à la garantie en matière de donation. Nous considérons que le plus souvent, en effet, elles seront applicables, par analogie, au fondateur qui se dessaisit gratuitement au profit de la fondation. Mais si l'acte de fondation n'a pas le caractère de libéralité, si la fondation est grevée de charges étrangères à son but, l'analogie avec la donation ne porte plus et d'autres principes seront appelés à régir cette situation. Stintzing [1] considère qu'il n'y a jamais donation, puisque la fondation n'en profite pas, étant chargée simplement de gérer un patrimoine dans l'intérêt de tiers bénéficiaires. Cet argument n'a pas une grande valeur, car c'est la fondation elle-même, qui est à l'égard du fondateur, comme le symbole de tous les intérêts et de tous les besoins qu'elle est destinée à satisfaire.

La mise en jeu de la garantie ne se conçoit que pour des faits postérieurs à l'octroi de l'autorisation, car jusqu'à ce moment le rapport obligatoire n'existe pas entre le fondateur et la fondation.

L'art. 81 apporte une modification à l'art. 82 sur un point particulier :

> « Lorsque la fondation n'est approuvée qu'après la mort du fondateur, elle est réputée, par rapport aux dispositions du fondateur, avoir existé dès avant le décès ».

Cet article intéresse surtout les fondations testamentaires pour lesquelles l'autorisation intervient toujours après la mort du fondateur. Grâce à la fiction de rétroactivité, la fondation sera considérée comme un héritier

(1) *Arch. f. d. zivil. Praxis*, t. LXXXVIII, p. 422.

institué en premier et non comme un héritier substitué, ce qui arriverait si la naissance de la personne juridique ne datait que de l'autorisation administrative.

La situation prévue par la loi peut se présenter même pour les fondations entre vifs, mais avec un intérêt moindre. Relevons deux séries d'hypothèses :

a) Le fondateur décède après avoir adressé la requête à l'autorité compétente ou bien après avoir chargé la justice ou le notaire, en cas de constatation authentique de l'acte, de présenter la demande (art. 81, al. 2). Dans cette première série d'hypothèses, l'acte de fondation est irrévocable à partir du décès du testateur, car l'art. 81, al. 2, prive les héritiers de leur droit de révocation.

b) Le décès du fondateur est survenu avant que l'autorisation administrative ait été sollicitée par lui, et les héritiers, qui prennent la place même du fondateur, procèdent aux démarches nécessaires en vue d'obtenir l'autorisation. Jusqu'à l'octroi de l'autorisation, l'acte de fondation reste révocable de la part des héritiers, comme il l'aurait été par le fondateur.

Le texte de l'art. 84 ne distingue pas, et on peut se demander s'il comprend dans sa généralité les deux hypothèses que nous avons envisagées. Prenons-les tour à tour.

Dans la première, l'acte de fondation devient irrévocable par le décès du fondateur. « Si l'on eût appliqué le droit commun, il eût fallu considérer dans ce cas, par rapport aux héritiers, le droit dévolu à la fondation, comme un droit conditionnel, puisque la raison invoquée pour qu'il en soit autrement à l'égard du fondateur, tant qu'il vit, est l'analogie tirée des dispositions testamentaires, et que ces dernières cessant d'être révocables à partir de l'ouverture de la succes-

sion, l'obligation de l'héritier, à supposer, s'il s'agit de legs, que la dévolution en soit retardée jusqu'à l'arrivée d'un événement ultérieur, a le caractère d'une obligation conditionnelle » (1). Non qu'à notre avis, l'obligation de l'héritier jusqu'à l'octroi de l'autorisation, quoique irrévocable, soit une obligation conditionnelle, mais les règles relatives à ces dernières seraient applicables conformément aux art. 2178-2179.

> Art. 2178 : « Lorsque la personne désignée n'est pas encore conçue au moment de l'ouverture de la succession ou lorsque sa personnalité ne sera déterminée que par un événement postérieur à l'ouverture de la succession, la dévolution du legs a lieu, dans le premier cas, à la naissance, et, dans le dernier, à l'arrivée de l'événement ».
>
> Art. 2179 : « Dans les cas prévus par les art. 2177-2178, on applique, pendant le temps qui sépare l'ouverture de la succession de la dévolution du legs, les dispositions en vigueur dans le cas où une prestation est due sous condition suspensive ».

Or, la rétroactivité de l'autorisation administrative écarte toutes ces dispositions, parce que la personne juridique est censée exister dès le moment du décès du fondateur. D'autre part, l'acquisition du patrimoine à la fondation sera censée réalisée à ce même moment et non à la date de l'autorisation, selon la prescription de l'art. 82.

Dans la seconde hypothèse, où les héritiers succèdent à un engagement révocable, de graves objections s'élèvent contre l'application de l'art. 84. Ici, la rétroactivité porterait une atteinte au moins partielle aux droits de

(1) Saleilles, *Rev. de dr. publ.*, t. XVI, p. 233.

révocation des héritiers qui doit s'exercer librement. La question est discutée. Planck et Staudinger se prononcent en faveur de l'art. 84, qui paraît général.

Il est certain que la fiction de l'art. 84 n'est pas efficace à l'égard des libéralités provenant de tiers.

Passons à la situation juridique des bénéficiaires de la fondation. Les auteurs sont à peu près unanimes pour leur accorder une action contre les administrateurs de la fondation, toutefois, à condition qu'ils soient déterminables. Et ils ne le sont pas toujours. Il suffit de nommer les fondations soi-disant impersonnelles, comme celles d'un jardin public, par exemple, qui profite à tout le monde. Or, « tout le monde » n'est pas une caractéristique suffisante pour individualiser un créancier. De plus, un droit sanctionné par une action devrait être refusé aux bénéficiaires, dont le choix dépend du libre arbitre des administrateurs de la fondation.

En principe, les bénéficiaires d'une fondation sont des véritables créanciers en vertu d'un engagement unilatéral, et leur situation juridique est en tous points identique à celle des bénéficiaires d'une promesse de récompense. Quelle différence pratique y a-t-il qu'un prix, qu'une récompense émane d'un particulier ou d'une fondation? Que la fondation soit une source inépuisable de récompenses, que la générosité d'un particulier s'épuise d'un trait, qu'importe?

Pour ces considérations d'ordre théorique et pratique, nous proposons de considérer les règles relatives à l'acquisition du droit à la récompense, comme applicables en matière de fondation.

TROISIÈME PARTIE

L'ENGAGEMENT UNILATÉRAL ABSTRAIT

A côté des contrats concrets, dont la cause juridique est un élément de validité, le Code civil allemand consacre le contrat abstrait sous la forme, soit d'une promesse de dette, soit d'une reconnaissance de dette (art. 780 à 782).

A côté de l'engagement unilatéral concret il reconnaît, non moins largement, l'engagement unilatéral abstrait.

Les art. 793 à 808 réglementent minutieusement la dette souscrite au porteur. Mais pour avoir une vue complète sur l'engagement unilatéral abstrait, il ne faut pas se confiner dans les cadres du Code civil. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas entendu rompre l'accord qui a toujours existé entre la dette au porteur et une institution voisine, réglée par le Code de commerce : la dette transmissible par endossement ou le titre à ordre commercial, dont le principal représentant est la lettre de change (art. 301 à 303, anc. C. comm.; art. 82 de la loi sur le change). Pour ces deux institutions, les auteurs ont proposé de tout temps des constructions identiques et nous n'avons pas l'intention de les séparer.

Il existe entre elle des affinités étroites et toutes les deux présentent à première vue les traits d'un engagement unilatéral : leur destination à créancier indéterminé est manifeste, qu'il s'agisse d'un créancier qualifié de porteur

ou désigné par l'endossement; la notion d'indétermination est la même ici, qu'en matière de promesse de récompense, elle est doublée de la notion de popularité, qui désigne un cercle de personnes non déterminées individuellement, ni numériquement; le caractère unilatéral de la volonté qui est à leur base est impliqué par l'absence de contrat et par la négociabilité de la dette.

La distinction des titres au porteur et à ordre est une distinction fondamentale des valeurs mobilières en général. Nous en détachons, bien entendu, pour en faire l'objet de notre étude les titres contenant un engagement, une dette. D'autre part, parmi ces derniers, nous ne distinguerons pas suivant que la dette a pour objet une somme d'argent ou une marchandise.

Ceci posé, nous nous tiendrons dans les développements qui vont suivre à l'exposé de la dette au porteur, qui sera pour nous le prototype de l'engagement unilatéral abstrait. Et ce n'est pas manquer d'égards envers le titre à ordre commercial, que de ne pas lui accorder en particulier notre attention. Par là nous nous proposons d'éviter des redites, car les deux institutions sont identiques dans leurs problèmes théoriques fondamentaux. Les auteurs allemands ne craignent pas de compléter les dispositions du Code de commerce par celles du Code civil (1). Le projet de Code civil allemand indique dans ses motifs (2) que la théorie de l'engagement unilatéral, appliquée par lui au titre au porteur, devrait être étendue par le droit commercial au titre à ordre. En revanche, la méthode que nous adoptons nous permettra de réaliser une grande économie de pensée et de dominer plus aisément

(1) Cf. Karl Lehmann, *Handelsrecht*, p. 609.
(2) T. II, p. 690.

toute cette matière si complexe, ce qui n'est pas à dédaigner (1).

Nous diviserons l'étude de la dette au porteur de la manière suivante : un premier chapitre sera consacré à la dette au porteur dans le droit positif allemand, un second chapitre nous permettra d'avoir une vue d'ensemble sur les théories relatives à la nature juridique de la dette au porteur.

(1) Cf. Thaller, *Nature juridique du titre de crédit*, p. 17, note.

CHAPITRE I

L'ENGAGEMENT UNILATÉRAL ABSTRAIT DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND

L'engagement unilatéral abstrait, tel qu'il est reconnu dans la législation allemande, se caractérise par l'incorporation de la dette à un titre. Cette incorporation crée pour l'engagement unilatéral un cadre destiné à le mettre en relief, à faire valoir toutes les harmonies juridiques qui pénètrent la théorie nouvelle.

En premier lieu, elle confère à l'engagement unilatéral une forme solennelle, en dehors de laquelle il n'a point d'existence; elle en fait un acte formel. La nature catégorique de l'engagement unilatéral, qui n'est point tempéré par un accord de volontés, dont l'étendue est fixée par le débiteur lui-même, en dehors de toute intervention du créancier, s'accommode fort bien du caractère formel de l'acte. Entièrement et sans réticences, l'acte devra relater la volonté de s'obliger, son contenu, sa mesure. On conçoit que le promettant ait songé à exiger une contre-prestation du bénéficiaire indéterminé de l'engagement et que cette mention figure sur le titre. L'acte formel est concrétisé de ce fait, mis en dépendance de sa cause. Le titre au porteur se prêterait ainsi à la réalisation d'un engagement unilatéral concret. La lettre de change commerciale est nécessairement abstraite.

Quoi qu'il en soit, la loi ne connaît pas d'autre forme pour obtenir un engagement unilatéral abstrait. Tout acte abstrait est un acte formel. Pour s'imposer au respect de la loi, la dette abstraite, arrachée au sol natal, aux circonstances qui ont présidé à sa création, doit revêtir certaines formes qui lui servent d'appui. Les art. 780, 781 exigent la forme écrite pour le contrat abstrait. La forme du titre s'harmonise ainsi avec le caractère abstrait de l'engagement unilatéral.

Le caractère abstrait lui-même n'est-il pas tout à fait dans la note de l'engagement unilatéral? Qu'on songe à la *stipulatio* romaine ou même au contrat abstrait allemand moderne qui ne peuvent couvrir que des prétentions unilatérales. La subordination à une cause, à une contre-prestation, ne fait qu'entraver, que diminuer la valeur propre, la somme interne d'utilité, créée par la volonté unilatérale.

Enfin, l'incorporation au titre consacre le triomphe d'une idée que nous avons soutenue à propos de la promesse de récompense et de la fondation et que nous croyons vraie pour tout engagement unilatéral : dans la phase qui précède la détermination du créancier, l'engagement unilatéral représente une valeur, isolée dans le patrimoine de son auteur, la valeur d'une dette. Mais cette valeur reste fuyante, impalpable, dans les institutions précédentes, tandis que l'incorporation à un titre la fait apparaître à la lumière du jour. Elle devient une valeur sensible, elle ne se dissimule plus; la matérialisation de l'engagement permet de dire que « le titre, c'est la dette ».

M. Saleilles (1) la compare à une chose, objet du droit de propriété, lequel implique une somme d'avantages juri

(1) *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 2e éd., p. 298.

diques, existant indépendamment de toute idée de personne, susceptible de constituer un tout très défini, très distinct de la personne du titulaire du droit.

Certes, pour s'élever à de telles hauteurs, l'engagement unilatéral ne demandait qu'à être symbolisé. « Le papier est le symbole, l'organe, l'expression immédiate de l'obligation ; celle-ci est la substance idéale, qui lui est incorporée, elle en est l'âme » (1).

Le titre au porteur nous apparaît comme la synthèse harmonieuse de deux éléments, l'un corporel, l'autre incorporel. Leur analyse, loin de les mettre en opposition, nous permettra de découvrir une source intarissable d'harmonies, qui mettent d'accord la valeur incorporelle et la valeur corporelle. Nous partagerons les matières relatives à la dette au porteur en deux sections, traitant tour à tour de son élément obligatoire et de son élément réel.

SECTION I

L'ÉLÉMENT OBLIGATOIRE DE LA DETTE SOUSCRITE AU PORTEUR

Cette section se dédouble en deux paragraphes :

§ 1. *Conditions de validité de la dette au porteur;*

§ 2. *Effets de la dette au porteur.*

§ 1. — Conditions de validité de la dette souscrite au porteur.

La dette souscrite au porteur fait l'objet d'une déclaration de volonté formelle ne s'adressant à personne, par

(1) Kuntze, *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, p. 274.

conséquent, n'impliquant pas réception. La loi considère l'acte comme parfait dès la création du titre, d'un écrit.

L'art. 793, al. 1, porte :

> « Lorsque quelqu'un a créé un titre dans lequel il promet une prestation au porteur du titre (dette souscrite au porteur), le porteur peut exiger de lui la prestation dans la mesure de la promesse... ».

D'après la règle de l'art. 126, cet écrit devrait porter la signature de la main du souscripteur. Cependant, une exception est faite ici en vue de l'émission en masse de titres : la signature autographe peut être remplacée par une signature reproduite mécaniquement (art. 793, al. 2, *in fine*).

L'énoncé même de la clause « au porteur » n'est pas à envisager strictement : il suffit que l'intention de s'engager au porteur ressorte du contenu du titre.

L'art. 794, al. 1, souligne l'idée de la perfection de la dette au porteur par la seule souscription du titre, acte unilatéral du débiteur :

> « Le souscripteur est obligé par toute dette souscrite au porteur, alors même qu'elle lui aurait été volée ou qu'elle aurait été perdue, ou qu'elle serait autrement tombée dans la circulation sans sa volonté ».

Pour soustraire le souscripteur aux risques de perte et de vol, l'art. 793, al. 2, permet de retarder le moment de la perfection du titre, en le soumettant à une formalité de contrôle supplémentaire, laquelle, d'ailleurs, doit être prévue par le titre.

Les conditions de fond de la dette au porteur se réfèrent à la volonté et à la capacité du souscripteur, à l'objet de l'engagement. Le caractère abstrait de la dette refoule l'exigence de la cause à l'arrière-plan.

La volonté de s'obliger doit être libre, entière, sérieuse, exempte de vices. On s'est demandé si le dol émanant d'un tiers quelconque infirmait l'acte, car il s'agit d'une déclaration ne s'adressant à personne. Mais les auteurs paraissent d'accord pour écarter la nullité pour dol, lorsque le dol n'émane pas du dernier porteur du titre, du créancier définitif de la dette. En cette matière, le tiers de bonne foi demande à être garanti de pareilles surprises au nom du crédit du titre au porteur.

La capacité du souscripteur est celle du droit commun. Elle n'est exigée qu'au moment de la souscription du titre. L'art. 794, al. 2, l'affirme nettement :

> « Le fait que le titre aurait été émis après le décès du souscripteur ou après survenance, en ce qui le concerne, d'une incapacité d'exercice des droits, est sans influence sur l'efficacité de la dette souscrite au porteur ».

Cette décision de la loi prouve, une fois de plus, qu'elle a entendu se placer sur le terrain de l'engagement unilatéral : la dette est parfaite avant l'émission du titre.

On a soulevé la question de savoir, si le porteur du titre doit être capable de s'obliger (1). La négative résulte, à notre avis, de la conception de l'engagement unilatéral, car le tiers porteur est devenu créancier par l'effet de la volonté unilatérale. Le souscripteur est libéré en payant à un incapable. Cette solution est aussi la seule compatible avec les besoins de la pratique.

L'objet de la dette au porteur consistera le plus souvent en une somme d'argent. Mais il pourrait être différent : les billets de théâtre, les billets de loterie, les billets de

(1) Staudinger, t. II, sur l'art. 793, IV *c*.

chemin de fer en offrent des exemples d'application courante.

Il y a un élément qui n'est point requis pour la validité de l'engagement unilatéral abstrait, c'est la cause. A la différence de ce que nous avons observé en matière de promesse de récompense et de fondation, le souscripteur n'entend point subordonner la naissance du rapport obligatoire avec le créancier indéterminé à l'accomplissement d'une prestation, plus généralement à la réalisation d'une cause juridique. L'engagement du souscripteur est indépendant de sa cause. Le rapport obligatoire sera formé au moment de la détermination du créancier par la présentation du titre au souscripteur.

L'engagement par voie abstraite, qu'il soit contractuel ou unilatéral, est encore autrement utile, quand sa cause réelle réside dans un contrat intervenu entre le promettant et une personne déterminée. L'engagement abstrait efface l'origine contractuelle première pour ne laisser de place qu'à l'acte nouveau. Ainsi, que la souscription d'un titre au porteur soit le produit d'une stipulation pour autrui, d'une vente, etc., la validité de la dette au porteur ne sera pas mise en cause, alors même que le contrat initial se trouverait nul (1).

Remarquons, qu'à la différence du contrat, de l'engagement à personne déterminée, l'engagement à créancier indéterminé, même sous sa forme concrète, comporte l'effet abstrait que nous avons examiné en second lieu. Quand il intervient à la suite d'un contrat initial, c'est pour s'en détacher immédiatement, c'est comme pour l'écraser sous le poids de la valeur libre et autonome qu'il engendre.

Passons à la détermination précise des effets de l'acte

(1) Staudinger, t. II, sur les art. 780-781.

abstrait. L'adoption de la forme abstraite pour une obligation constitue des avantages certains pour le créancier :

a) Elle décharge le créancier du fardeau de la preuve de la cause au moment des poursuites, en lui permettant d'invoquer simplement la promesse catégorique de payer tant, donnée par écrit, sans indication de cause.

b) Le débiteur ne peut pas opposer au créancier des défenses tirées de la cause de son obligation, car il est censé y avoir renoncé par la souscription d'une dette abstraite.

La seule ressource, qui lui est laissée pour se soustraire à l'exécution de son obligation, c'est la voie de la *condictio sine causa*, le moyen d'attaquer l'acte sur la base d'un enrichissement sans cause, en se soumettant aux règles qui régissent l'admission de ce dernier. Elles n'offrent pas une grande latitude. Les hypothèses de la *condictio sine causa* et de la *condictio causa data causa non secuta* sont à envisager principalement.

Dans le premier cas, le débiteur doit démontrer, soit que la dette n'existait pas ou a cessé d'exister, soit que par erreur il s'est engagé pour une dette future (art. 812, 813, 814). Cette défense ne sera efficace que si le débiteur l'a ignorée en s'engageant. La seconde hypothèse concerne le cas de la non-exécution de la contre-prestation par le créancier; on admet que le débiteur est autorisé à s'en prévaloir pour refuser à son tour d'exécuter. La *condictio ob turpem causam* trouvera elle aussi son application en cette matière.

Ces moyens de défense appartenant au débiteur sont valables en face d'un cessionnaire de la créance abstraite.

La dette au porteur peut être concrétisée en réservant dans le titre des exceptions relatives à la cause. Et ceci de deux manières : soit en faisant dépendre l'acquisition de la

créance d'un contrat initial intervenu entre le souscripteur et un tiers, soit en exigeant une contre-prestation du dernier porteur.

Dans le dernier cas l'engagement crée des rapports analogues à ceux qui naissent de la promesse de récompense et nous retrouvons ici jusqu'aux mêmes tentatives de construction théorique. « Lorsque la prestation représentée par le papier dépend d'une contre-prestation, les deux prestations n'entrent pas en rapport de prestation à prestation du contrat synallagmatique. Seul, celui qui est rendu créancier par le titre, peut exiger la prestation de son partenaire, mais son droit est un droit conditionnel, dépendant de l'exécution de la prestation. Celui qui s'est engagé par le titre n'a pas droit à la contre-prestation, il ne peut pas l'exiger en offrant d'exécuter la dette contenue dans le titre » (1). Tout cela s'explique pour Jakobi par la nature du titre au porteur qui est un titre de circulation; c'est d'ailleurs là un argument auquel les auteurs se reportent continuellement pour échapper aux difficultés de la matière. Pour nous, la contre-prestation du porteur du titre est la cause de l'engagement du souscripteur. Mais ce n'est pas la cause d'un engagement contractuel synallagmatique résidant dans l'obligation de l'autre partie, c'est la cause d'un engagement unilatéral. Le fait objectif de la contre-prestation est seul nécessaire et suffisant, car la volonté unilatérale est impuissante à faire naître des obligations à la charge d'un tiers. Son efficacité se borne à investir ce tiers d'une créance. Aussi dans le rapport juridique créé par l'engagement unilatéral, il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur, même s'il met en opposition deux prestations réciproques. Seul le souscripteur promet une prestation

(1) Jakobi, *Die Wertpapiere*, 1901, p. 132.

et seul le porteur du titre est muni d'une action pour exiger la contre-prestation.

En principe, l'émission des titres au porteur est libre. Le Code civil allemand apporte une grave limitation à ce principe général dans son art. 795, en proclamant la nécessité de l'intervention de l'État :

> « Les dettes souscrites au porteur, créées à l'intérieur de l'Empire, contenant promesse de paiement d'une somme d'argent déterminée, ne peuvent être mises en circulation qu'avec l'approbation de l'État.
>
> » L'approbation est délivrée par l'autorité centrale de l'État confédéré, dans le ressort duquel le souscripteur a son domicile ou son établissement industriel. L'octroi de l'approbation et les dispositions sous lesquelles elle est accordée doivent être portés à la connaissance du public par la voie du *Moniteur officiel* de l'Empire. La dette au porteur mise en circulation sans autorisation d'État est nulle; le souscripteur est tenu d'indemniser le porteur du dommage causé par l'émission.
>
> » Ces dispositions ne sont pas applicables aux dettes au porteur qui seraient émises par l'Empire ou par un des Etats confédérés ».

Ce n'est pas la première fois que nous rencontrons l'intervention de l'État à côté d'une manifestation unilatérale de la volonté. La volonté individuelle procédant par la voie unilatérale familière à l'État, s'adressant comme lui au public, poursuivant la même fin, constitue sinon une menace, du moins une concurrence pour le pouvoir public, surtout quand cette volonté individuelle est celle d'une personne juridique jouissant d'un crédit, qui n'est pas toujours inférieur à celui dont s'entoure l'État lui-même. Et l'État entend la soumettre à son contrôle.

§ 2. — Effets de la dette souscrite au porteur.

Les effets de la dette souscrite au porteur, comme ceux de tout engagement unilatéral, comportent plusieurs phases successives. Nous aurons à constater en cette matière une complexité toute particulière des étapes de réalisation de l'acte unilatéral.

La dette au porteur naît de la volonté seule du souscripteur, comme la promesse de récompense, comme l'acte de fondation. C'est au moment de sa formation une obligation à créancier indéterminé, une obligation sans créancier. La volonté du souscripteur a créé une valeur positive, qui vaudra ce que vaut le *nomen* du débiteur, son nom, sa puissance de crédit. Cette valeur, grâce à son incorporation au titre, prend une existence objective qui permet de l'assimiler à une chose. Tant que le souscripteur exerce sur elle son droit absolu de propriété, il peut la détruire et la révoquer librement.

A un autre moment le souscripteur se dessaisit de la valeur : elle est soustraite à l'arbitraire de son auteur et devient irrévocable. L'engagement unilatéral entre dans la seconde phase de sa réalisation. Nous avons vu ce moment coïncider avec la détermination du créancier dans la promesse de récompense et dans la fondation. En cette matière le moment du dessaisissement est nettement distinct de celui de la détermination du créancier, de la formation du rapport obligatoire, qui transforme l'obligation à créancier indéterminé en une obligation à créancier déterminé. Le créancier ne sera déterminé que par la présentation du titre au souscripteur en vue du paiement.

La dette au porteur n'est-elle pas destinée à la circulation ?... Jusqu'à la détermination du créancier la dette circulera.

Le moment du dessaisissement du souscripteur de la propriété du titre sera fixé d'après les règles du droit des choses et nous renvoyons sur ces points, notamment pour l'interprétation de l'art. 794, à la section II de ce chapitre.

La dette circulera comme une chose, de mains en mains. A la dette sans créancier, à la valeur incorporelle, il ne manquait que la forme sensible pour être complètement assimilable à un objet corporel. Son union avec le papier, loin d'être arbitraire et artificielle, n'est-elle pas en harmonie avec sa nature, avec son essence? La mobilisation d'un engagement est désormais une réalité et nous assistons à ce phénomène étrange : la dette passe par les différents patrimoines sans qu'un rapport obligatoire en naisse entre les porteurs successifs et le souscripteur. La dette se transmettra d'après les règles du droit des choses ; car ni la cession, ni la novation ne sont concevables pour elle, ces modes de transmission ne visant que des obligations à créancier déterminé. Et nous verrons en procédant à l'examen de l'énigme des titres négociables, de la règle de l'inopposabilité des exceptions, combien elle résulte simplement de ce mode de transmission particulier à l'engagement unilatéral.

Chaque porteur acquiert avec le droit au titre un droit de créance éventuel. Seul est créancier définitif celui qui présente le titre au paiement. La présentation du titre marque une troisième étape dans le développement successif des effets de l'engagement unilatéral abstrait. Le rapport obligatoire naît et une obligation à créancier déterminé, analogue à celle qui résulterait d'un contrat, s'établit entre le souscripteur et le dernier porteur. Celui-ci sera investi de son droit non point par sa volonté, mais par l'effet de l'engagement unilatéral du souscripteur. La présentation du titre est un fait objectif. Le porteur inca-

pable pourra bénéficier du droit acquis contre le souscripteur par le jeu des mêmes principes qui régissent la promesse de récompense.

Le législateur allemand eut pleinement conscience du rapport personnel d'obligation unissant le présentant du titre au souscripteur en élaborant l'art. 796. Cet article règle les exceptions qui compètent au souscripteur vis-à-vis du porteur. Ce terme comprend aussi bien l'action de faire valoir l'effet empêchant ou suspendant *ipso jure* la naissance de l'obligation, que l'exception proprement dite, entendue *stricto sensu*. Nous le prendrons dans la même acception.

> « Le souscripteur ne peut opposer au porteur de la dette ainsi souscrite que les moyens de défense qui se réfèrent à la validité de la création du titre ou résultent du titre lui-même, ou appartiennent directement au souscripteur à l'encontre du porteur ». (Cf. art. 364, C. comm. allem. et § 82 de la loi sur le change).

La loi distingue trois catégories d'exceptions.

a) Les exceptions se référant à la validité de la dette souscrite au porteur : faux de la signature, incapacité du souscripteur, absence de volonté de s'engager et vices de la volonté.

Les principes généraux serviront à éclairer ces situations.

b) Les exceptions qui résultent du titre lui-même. En règle générale, sont à considérer toutes les exceptions que le souscripteur a voulu se réserver.

En présence d'une mention de la cause de la dette, on décidera suivant les cas que la dette a perdu son caractère abstrait et que le débiteur a entendu exciper des exceptions connexes à l'exigence de la cause ou que cette mention est dénuée de toute portée et ne figure

sur le titre que comme indication sans valeur juridique.

Le souscripteur peut limiter l'étendue de son engagement par la fixation d'un terme ou l'apposition d'une condition.

Souvent, des prospectus accompagnent le titre au porteur avec des explications supplémentaires sur sa nature, sur son but. Aucune exception ne saurait en résulter pour le souscripteur. Cependant, la responsabilité du souscripteur pourrait se trouver engagée, s'il avait fourni des explications mensongères ou inexactes dans les prospectus.

c) La troisième catégorie d'exceptions, celles concernant les rapports personnels du souscripteur avec le porteur, montre bien que le législateur a envisagé la dette souscrite au porteur comme un engagement à créancier indéterminé et non comme une dette du titre, suivant la formule stricte caractérisant le Code fédéral suisse, qui ne reconnaît pas cette catégorie d'exceptions et pour lequel la personne du créancier est indifférente. La loi allemande, au contraire, considère le dernier porteur comme créancier et entend établir entre lui et le souscripteur un rapport obligatoire ordinaire.

Le souscripteur peut invoquer un délai accordé par le porteur pour le paiement de la dette ou bien l'extinction de la dette par voie de paiement ou de remise de dette.

La compensation est également admissible.

Le dol personnel du porteur lui sera opposé. Le dol du porteur a donné lieu à des discussions intéressantes. L'hypothèse se construit sur la règle de l'inopposabilité des exceptions du chef des porteurs antérieurs. Il se peut qu'un porteur, pour échapper aux exceptions, qui menaceraient sa créance, s'il présentait son titre au souscripteur, la négocie. Si l'acheteur du titre s'est prêté sciemment à cette combinaison et qu'il se soit présenté ensuite en

paiement de la dette, le souscripteur ne pourrait-il pas refuser le paiement en opposant l'exception de dol ? Ce qui crée des difficultés, c'est la délimitation exacte du domaine de cette exception de dol. Le Code civil allemand ne connaît pas l'*exceptio doli generalis*, qui a servi en droit romain à transformer un droit rigide en un *jus æquum*[1]. L'exception de dol n'est admissible que là où il y a violation d'une prohibition ou d'une disposition positive de la loi. Planck propose de s'en tenir à l'art. 826, qui oblige celui qui a causé intentionnellement un dommage à autrui d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs, à le réparer. L'application de cet article conduirait à décider que, si le porteur a acquis le titre dans le but de priver le souscripteur d'une exception contre le porteur précédent, le souscripteur peut refuser la prestation jusqu'à concurrence des dommages et intérêts. Planck s'arrête là et ne veut pas admettre que le porteur puisse répondre du dommage causé au souscripteur, s'il n'a eu connaissance des exceptions du chef de ses prédécesseurs, qu'après l'acquisition du titre. Le dernier porteur bénéficie d'un droit direct à la prestation incluse dans le titre, il n'est point le successeur de son prédécesseur et s'il use de son droit, ce n'est pas pour nuire au souscripteur. Le contraire a été jugé cependant à plusieurs reprises par le tribunal de l'Empire. Il y aurait dol dans le fait du porteur d'exercer son droit, même s'il n'a eu connaissance des exceptions qu'après coup. Le dol serait le dommage conscient quoique non intentionnel[2]. Cette jurisprudence s'est formée sur l'art. 82 de la loi sur le change, et on a voulu l'étendre à notre hypothèse[3]. A tort croyons-nous, et ce qui paraît décisif, ce sont les dispositions rela-

(1) Römer, *Die Exceptio doli*, *Goldschmidt's Zeitschrift*, t. XX, p. 48.
(2) Saleilles, *op. cit.*, p. 326 en note.
(3) Staudinger, t. II, sur l'art. 796, 2 *b*.

tives à la bonne foi de celui qui acquiert une chose d'un non-propriétaire, à cause de l'analogie, qui domine toute cette matière, avec les règles du droit des choses. La bonne foi n'est exigée qu'au moment de l'acquisition (art. 932, al. 1). Le porteur acquiert le droit de créance éventuel avec le titre, il l'acquiert comme une chose, et le principe de l'appréciation de la bonne foi doit être le même. L'art. 932, al. 2, définit la bonne foi :

> « L'acquéreur n'est pas de bonne foi, lorsqu'il sait que la chose n'appartient pas à l'aliénateur, ou lorsque son ignorance à cet égard provient d'une faute lourde ».

Il s'ensuit notamment que la connaissance d'un simple obstacle à l'exercice du droit du prédécesseur, qui n'entame point sa validité, ne met pas le porteur en état de mauvaise foi. Par exemple, l'acquéreur avait acheté le titre ayant connu une cause de compensation existant à l'encontre de son vendeur (1).

Indépendamment des exceptions visées par l'art. 796, le porteur est menacé par des moyens de défense spéciaux incombant au souscripteur.

1° Le titre a été l'objet d'une interdiction de paiement (Zahlungssperre) ;

2° Le titre a été invalidé par jugement (art. 799) ;

3° Expiration du délai de la prescription de deux ans (art. 801) ;

4° Expiration du délai préfix trentenaire.

Nous rencontrerons plus loin les points 1 et 2. Seules quelques explications sur les points 3 et 4 s'imposent ici.

L'art 801 dispose :

(1) Jakobi, *Wertpapiere*, p. 223.

Al. 1 : « La prétention résultant d'une dette souscrite au porteur s'éteint par l'accomplissement de trente années après l'expiration du délai établi pour la prestation, à moins que, avant l'accomplissement des trente années, le titre ne soit présenté pour remboursement au souscripteur. Lorsque la présentation a lieu, la prétention se prescrit par deux ans à compter de la fin du délai de présentation. Est assimilé à la présentation le fait de faire valoir en justice la prétention résultant du titre ».

Al. 3 : « La durée et le point de départ du délai de présentation peuvent être établis différemment par le souscripteur dans le titre ».

Ce texte obscur régit deux situations :

a) Le créancier de la dette au porteur est déterminé soit par la présentation du titre, soit par le fait d'intenter une action en justice. La loi applique à cette hypothèse le principe ordinaire de la prescription, en réduisant son délai à deux ans. Ce délai peut être suspendu ou interrompu dans les conditions habituelles. L'interdiction de paiement de l'art. 802 suspend la prescription.

b) Le créancier reste indéterminé. La loi établit un délai préfix de trente ans partant de l'échéance de la dette. Ce délai est également suspendu par l'interdiction de paiement.

Une exception contre le porteur peut aussi résulter de son défaut de droit de disposer du titre (art. 793). Nous le retrouverons dans la deuxième section de ce chapitre. Le défaut de l'autorisation de l'État, dans les cas où elle est requise, est régi par l'art. 795, al. 3.

Nous avons exposé les relations juridiques qui naissent du rapport obligatoire unissant par l'effet de l'engagement

unilatéral le souscripteur et le dernier porteur, le présentant du titre. Il serait convenable d'indiquer la grande règle de l'inopposabilité des exceptions, contre laquelle se sont brisés tant d'efforts d'explication théorique. En vertu de cette règle, les exceptions (de la catégorie *c*), que le souscripteur aurait pu opposer à un précédent porteur, s'il s'était présenté à lui, ne sont pas opposables au créancier véritable, à celui qui a effectivement bénéficié de la créance. Cette question ne se pose pas pour nous, attendu que nous considérons, que la qualité de créancier n'appartient point aux porteurs intermédiaires qui restent indéterminés aux yeux du souscripteur et entre les mains desquels la dette passe comme une chose, comme la valeur qu'elle est dans cette première phase de réalisation de l'engagement unilatéral.

SECTION II

L'ÉLÉMENT RÉEL DE LA DETTE AU PORTEUR

Nous allons procéder à l'analyse du second élément de la dette souscrite au porteur, de son élément réel, par opposition à son élément obligatoire. Dans cet ordre d'idées nous trouvons la physionomie même de l'institution avec ses traits caractéristiques, telle qu'elle s'est imposée au cours des siècles et a mis en échec les théories le plus savamment élaborées.

Nous avons démontré précédemment que la matérialisation de la dette, en désignant par là son incorporation au titre, cadrait parfaitement avec la conception d'un engagement unilatéral ; ce paragraphe nous permettra d'envisager les effets de la matérialisation et sa répercussion sur le régime de la dette.

La matérialisation de la dette la rend susceptible d'appropriation. Le régime de la dette sera commandé par le régime de la propriété du titre. C'est là une idée élémentaire, qui ne fut admise qu'après de longues controverses. Quelle sera la situation réciproque de l'idée et du symbole, s'est-on demandé, comment vont se lier la dette et le papier? On a fait dépendre successivement le droit de créance du droit de propriété, de la possession de bonne foi, de la possession juridique, de la détention du papier. Le Code civil a pris parti sur cette question, en adoptant en principe la théorie du droit de propriété, la *Eigentumstheorie* (1) : est créancier éventuel ou définitif celui qui est propriétaire.

Avant d'étudier cette théorie sous ses différents aspects en envisageant le titre soit dans les rapports des créanciers éventuels entre eux, soit dans les rapports du souscripteur et du créancier définitif, il importe de la délimiter à un autre point de vue.

S'il est vrai de dire, que la dette est incorporée au papier et qu'elle est soumise à son régime, cette dépendance ne doit pas être entendue trop strictement. Le papier ne revêt qu'une importance d'emprunt, il tient toute sa valeur de la dette à laquelle il sert d'expression matérielle. Il est le support de la dette. Son existence propre en tant que papier est ignorée par le droit. Cependant les dispositions du droit des choses prennent en considération l'étoffe, la matière des choses. Un conflit paraît inévitable. Néanmoins, sa portée est pratique et fort limitée. On ne peut guère citer que le cas fort rare de spécification, par laquelle le papier acquerrait une valeur propre. Il faut décider que

(1) Carlin : *Zur rechtlichen Natur der Wertpapiere, Goldschmidt's Zeitschrift*, t. XXXVI.

le spécificateur aura droit au papier, sans avoir droit à l'obligation : l'*Eigentumstheorie* ne le couvrira pas. Le créancier éventuel dépossédé n'aura qu'à demander le remplacement du papier.

En règle générale l'*Eigentumstheorie* n'aura pas la portée de transmettre la dette là, où seule la transmission du papier est prévue par les dispositions du droit des choses ou par la volonté des parties. En effet le droit de propriété portant sur le titre au porteur ne vise pas tellement le papier que la dette qu'il symbolise. Et la preuve de cette affirmation, qui peut paraître paradoxale, est dans deux institutions, se rattachant l'une et l'autre à l'idée, que le papier, symbole de la dette, n'est point considéré à raison de sa composition matérielle et que le droit de propriété porte moins sur le papier comme tel, que sur la forme sensible d'une valeur immatérielle. Il s'agit du remplacement du papier et de l'amortisation du titre.

a) Le papier peut être remplacé par un autre, sans qu'une autre dette vienne prendre la place de celle qui est incorporée au papier. La dette change de support uniquement.

> Art. 798 : « Lorsque, par suite de détérioration ou de défiguration, une dette souscrite au porteur n'est plus apte à avoir cours, le porteur peut, dans la mesure où le contenu essentiel et les caractères en sont reconnaissables avec certitude, exiger du souscripteur la délivrance d'une nouvelle dette souscrite au porteur contre remise matérielle de celle détériorée ou défigurée. Il est tenu de supporter et d'avancer les frais ».

C'est en sa qualité de créancier éventuel, de quasi-propriétaire de la dette, qu'il réclame le rétablissement de son droit de propriété menacé par la fragilité du papier.

b) Les règles sur le remplacement du papier voisinent avec une institution fort intéressante : l'amortisation du titre au porteur. L'art. 799 dispose :

> « Toute dette souscrite au porteur, disparue ou anéantie, peut, à moins de dispositions contraires contenues dans le titre, être déclarée invalidée par la procédure de sommation publique. Sont exceptés les coupons d'intérêts, de rentes et de dividendes, ainsi que les dettes souscrites au porteur payables à vue ne rapportant pas d'intérêts.
>
> » Le souscripteur est obligé de donner au dernier porteur, dès qu'il l'exige, les renseignements nécessaires pour effectuer la sommation ou l'opposition au paiement et de lui fournir les témoignages nécessaires. Le dernier porteur est tenu de supporter et d'avancer les frais des témoignages ».

L'art. 800 poursuit :

> « Lorsqu'une dette souscrite au porteur est déclarée invalidée, celui qui a obtenu le jugement de forclusion peut exiger du souscripteur indépendamment de la faculté de faire valoir la prétention résultant du titre, la délivrance d'une nouvelle dette souscrite au porteur à la place de celle qui a été déclarée invalidée. Il est tenu de supporter et d'avancer les frais ».

Quand le porteur perd la possession du titre et qu'il ignore qui en est possesseur, il a le choix entre trois moyens :

1° Porter sa perte à la connaissance du public dans le *Moniteur officiel;* les banquiers qui acquièrent des titres dont la perte a été ainsi publiée sont considérés en état de mauvaise foi;

2° Exiger l'amortisation du titre;

3° Requérir l'interdiction de paiement avec l'introduction de la procédure de sommation publique à fin d'amortisation.

L'amortisation reste le moyen principal, quand un titre est anéanti ou perdu. Elle tend à l'obtention d'un jugement invalidant le papier. Elle débute par la procédure provocatoire ou la procédure de sommation publique. Cette procédure n'est pas applicable aux coupons volés ou perdus, ni aux titres payables à vue.

Le droit à la dette ne se perd pas avec la perte du papier et la loi laisse au porteur dépossédé ce moyen de recouvrer le support matériel de la dette. L'invalidation du papier permettra au porteur de se faire délivrer un nouveau papier ou bien de faire valoir la prétention résultant du titre.

Est admis à poursuivre l'amortisation le dernier porteur du papier, sans qu'il soit tenu de justifier de son droit de propriété; ce pourrait même être le souscripteur lui-même, s'il a possédé le papier en dernier lieu. Il y a intérêt en cas de perte ou de vol du titre, car il répond en face d'un tiers acquéreur de bonne foi (art. 794). Pour fonder sa demande, le porteur est tenu de représenter une copie du titre ou son contenu et tout ce qui servira à l'identifier; de relater les causes qui rendent vraisemblable la destruction ou la perte du papier.

La procédure de sommation publique n'a aucun effet sur le papier désigné ainsi à l'attention du public. Elle n'exclut pas la *bona fides* de l'acquéreur. Mais ce dernier court le danger d'être évincé de son droit au titre, si des tiers affirment des prétentions contraires aux siennes. Le vendeur du titre sera responsable d'après les principes de la garantie d'éviction.

Le but de la sommation publique est le jugement de for-

clusion. Ce dernier n'interviendra pas si le porteur actuel du titre se présente. Les conflits entre les prétentions des deux porteurs seront réglés par la voie normale. Si aucun porteur ne se présente, le jugement invalide le papier. Le demandeur qui l'a obtenu a désormais les mêmes droits qu'il aurait eus s'il n'avait pas été dépossédé. Le droit du véritable propriétaire du titre n'en est pas atteint et le souscripteur pourra opposer au porteur la défense tirée de l'irrégularité du droit de disposer du porteur. Certains auteurs (1) soutiennent que le jugement de forclusion consolide le droit du porteur en le rendant inattaquable. Cette solution paraît peu équitable et peu conforme au but de l'amortisation, qui est de protéger le propriétaire légitime, mais non de donner la préférence à un porteur de mauvaise foi à son détriment. Elle est repoussée par la majorité des auteurs.

Revenons au fonctionnement du titre au porteur. Il suit la dette dans son évolution à travers les différentes phases de sa réalisation. Œuvre du souscripteur, il subit tout d'abord le droit de propriété de ce dernier. En second lieu, le souscripteur s'en dessaisit, en règle générale, par l'émission, mais il se peut que le titre soit volé ou perdu et qu'il soit acquis en propriété à un possesseur de bonne foi, ce qui empêchera le souscripteur d'exercer son droit de revendication. Ce cas est prévu par l'art. 794, qui répond on ne peut mieux aux idées d'engagement unilatéral et de matérialisation de la dette, car si la première permet de considérer l'obligation du souscripteur comme parfaite par la seule souscription du titre, la seconde implique la soumission de la dette aux règles du droit des choses, au régime

(1) Staub; Grünhut, *Wechselrecht*, t. II; Cosack, *Bürg. Recht.*, t. II, p. 343.

de la propriété mobilière. Si le voleur se présente pour être payé, le souscripteur lui opposera l'exception de dol.

Bref, que le souscripteur se soit dessaisi de bon gré ou de mauvais gré, le titre se mettra à circuler. Rien d'étonnant, car pour désigner sa fonction économique, on se sert sans hésiter d'un rapprochement avec le papier-monnaie. La dette destinée à un créancier indéterminé ne reposera pas comme une valeur morte, en attendant le moment, où elle lui sera acquise. Elle est mobilisée.

Le trait dominant dans l'organisation de la propriété mobilière réside dans l'importance de la possession de la chose. Songeons à la formule énergique du Code civil français : « En fait de meubles possession vaut titre ». L'importance de la possession est encore aggravée en matière de titres au porteur. Les choses mobilières se transmettent normalement par la tradition et la loi sanctionne le droit de celui qui a acquis de bonne foi une chose mobilière d'un non-propriétaire (art. 932 et suiv.). Mais en droit allemand, l'acquéreur de bonne foi reste sans protection quand il s'agit de choses perdues ou volées. Cette règle ne s'applique pas aux titres au porteur (art. 935, al. 2). C'est une première extension du principe de la possession à l'encontre de l'*Eigentumstheorie*. Par conséquent, l'acquéreur de bonne foi d'un titre au porteur devient propriétaire, usufruitier ou gagiste, même si l'aliénateur n'avait pas le droit de disposer du titre, s'il l'avait volé ou s'il l'avait trouvé. La *bona fides* de l'acquéreur couvre ces vices. L'action accordée par l'art. 1007 au possesseur dépossédé ne pourra pas être dirigée contre le possesseur de bonne foi d'un titre au porteur volé ou perdu.

L'art. 932, al. 2 donne la définition de la bonne foi. La bonne foi de l'acquéreur en lui faisant acquérir la propriété éteint le droit du propriétaire dépossédé. S'il l'aliène

à son tour, il sera sans conséquences pour le nouvel acquéreur qu'il ait connu le vice de l'aliénation précédente. Il ressort de l'art. 932, al. 2, que la loi met l'acquéreur dans l'obligation de soumettre à un examen plus ou moins consciencieux, qui exclurait la faute lourde, les droits de l'aliénateur. L'étendue de cette obligation dépendra des circonstances. On sera plus exigeant pour une Banque que pour un particulier. La jurisprudence allemande (1) a chargé les banquiers d'une responsabilité lourde, d'autant plus lourde, que la publication des titres volés et perdus était fort mal organisée. Le *Bulletin des oppositions* français reproduisant tous les jours les numéros de tous les titres qui ont fait l'objet d'une opposition, a servi de modèle à l'art. 367 du nouveau Code de commerce allemand, qui s'est inspiré de cette organisation.

L'acquisition du titre comme de toute chose corporelle se réalise par tous les modes constitutifs du droit de propriété mobilière, originaires et dérivés. Avec le titre est acquis un droit de créance éventuel à la dette incorporée au titre. La dette, l'engagement à créancier indéterminé sortira intact des changements successifs de titulaires.

La seconde phase aboutit à la troisième et à un moment donné de la série des créanciers éventuels se détachera le créancier définitif par la présentation du titre. La connexité de la propriété et de la créance donne du sens et du relief, anime et colore la règle quelque peu pâle et inexpressive de l'engagement unilatéral abstrait : le souscripteur ne s'est obligé qu'envers celui qui présentera le titre. Parallèlement, comme une conséquence de l'incorporation de la dette au titre, court la règle du droit des choses : celui-là

(1) Jakobi, *Wertpapiere,* p. 70.

seul a droit à la créance qui a droit au titre, est créancier définitif le propriétaire du papier, qui sert d'expression matérielle de la dette.

Nous rencontrons ici le texte qui appuie la théorie du droit de propriété.

> Art. 793 : « Lorsque quelqu'un a créé un titre dans lequel il promet une prestation au porteur du titre (dette souscrite au porteur) le porteur peut exiger de lui la prestation dans la mesure de la promesse, à moins qu'il n'ait pas le droit de disposer du titre... ».

Ajoutons l'art. 797 :

> « Le souscripteur n'est obligé d'effectuer la prestation que contre remise matérielle de la dette au porteur. Par cette remise il acquiert la propriété du titre... ».

Ainsi découpés ces articles présentent un système homogène. Le porteur présentant le titre au paiement doit pouvoir disposer du titre. Le souscripteur acquiert la propriété du titre par le paiement, à moins que le porteur n'en soit pas propriétaire et que le souscripteur soit de mauvaise foi à cet égard. Pour faire preuve de sa bonne foi, le souscripteur aurait dû, conformément à l'art. 932, al. 2, soumettre à un examen plus ou moins sérieux, les droits du dernier porteur, suivant qu'ils lui paraissent suspects ou non ; c'est une question de circonstances. Le souscripteur de bonne foi est celui qui ignore le défaut de droit du porteur et dont l'ignorance ne provient pas d'une faute lourde. Le souscripteur de mauvaise foi risquerait d'être menacé par la revendication du propriétaire ou par l'action de l'art. 1007 accordée au possesseur de bonne foi. Pour tout résultat, le souscripteur pourrait être tenu de restituer le titre ou de souscrire un nouveau, si le premier était détruit.

Ces conséquences logiques de l'*Eigentumstheorie* ont été renversées par les dispositions positives du Code. L'art. 793 poursuit :

> « Toutefois le souscripteur est également libéré par la prestation effectuée à un porteur n'ayant pas le droit de disposition ».

Et l'art. 797 s'achève ainsi :

> « Par cette remise matérielle, il acquiert la propriété du titre, alors même que le porteur n'a pas le droit d'en disposer ».

On ne saurait nier le lien entre ces dispositions qui changent complètement la face de la situation; ce sont deux aspects du même problème (1).

Malgré les protestations de Staudinger (2), nous croyons pouvoir reconnaître dans l'art. 797 *in fine* une dérogation à l'exigence de bonne foi pour l'acquisition de la propriété du titre d'un non-propriétaire (3).

L'art. 793 ne fait que traduire la répercussion de l'art. 797 dans le domaine du rapport obligatoire entre le souscripteur et le dernier porteur, en libérant le souscripteur, même s'il paie sciemment à un non-créancier. La loi a fait échec aux principes en ne se laissant guider que par le souci d'assurer le paiement de la dette au porteur, d'augmenter son crédit. « Le Code civil allemand a voulu réaliser autant que possible la plus étroite assimilation entre le titre au porteur et la monnaie de métal; cette conception directrice donne la clef de la matière », fait remarquer fort justement le commentateur français du Code civil allemand.

(1) Planck, t. II, sur l'art. 797.

(2) *Komm.*, t. II, sur l'art. 797, 2, *b*.

(3) En ce sens, Strohal, *Der Sachbesitz des B. G. B.*, *Dogm. Jahrb.*, t. XXXVIII.

Si nous avons pu constater, à propos des principes qui régissent la circulation du titre, une extension des droits du possesseur de bonne foi au détriment du véritable propriétaire, qui constitue une première modification de l'*Eigentumstheorie*, nous relevons ici une autre modification bien plus grave dans les rapports du souscripteur et du porteur. L'honneur de l'*Eigentumstheorie* n'est sauvegardé que par la faculté laissée au souscripteur de ne pas payer au porteur, lorsqu'il a établi que ce dernier n'a pas le droit de disposition du titre. Mais la loi enlève au souscripteur tout intérêt d'invoquer la faculté donnée par elle. Seul l'intérêt du véritable propriétaire est menacé et le souscripteur en tiendra d'autant moins compte qu'il est chargé de la preuve du défaut de droit du porteur, ce qui n'est pas une tâche facile.

La question a été soulevée si le souscripteur peut exciper de la simple annulabilité du droit du porteur. Il semble que la rédaction de la loi, qui ne vise que le défaut du droit de disposition, ne permette pas cette extension (1).

Les conséquences qui se déduisent aisément des dispositions positives de la loi nous permettront d'entrevoir la véritable portée de l'atteinte causée aux principes :

a) On s'accorde à ne pas mettre à la charge du souscripteur l'obligation de s'enquérir sur le droit du porteur, contrairement à l'art. 932, al. 2 qui en fait un élément de la bonne foi du porteur (2).

b) Le souscripteur échappe à la revendication du propriétaire et à sa demande en paiement ou du moins en dommages et intérêts. La première de ces solutions n'a pas été mise en doute par les auteurs en présence du

(1) Staudinger, t. II, sur l'art. 793, V, I *b*.; Jakobi, *op. cit.*, § 13.

(2) Staudinger, t. II, sur l'art. 793, V, 3; Plank, t. II, sur l'art. 793, 3 *b*.

texte formel de la loi (V. art. 797). La seconde ne s'impose pas moins, car l'art. 793, qui déclare le souscripteur libéré par la prestation effectuée à un porteur n'ayant pas le droit de disposition, ne prête point à l'équivoque. Cependant, maints auteurs ne veulent pas se résigner à la décision brutale de la loi, qui néglige les intérêts du véritable créancier, et essaient de la tourner à l'aide des principes généraux. On invoque soit le principe de l'atteinte aux bonnes mœurs (art. 826-226), soit le principe de Treu und Glauben qui pénètre le Code civil. Dernburg (1) estime qu'en règle générale les titres de légitimation n'excluent pas la responsabilité du débiteur, qui se libère sciemment de sa dette entre les mains d'un porteur sans droit; le titre au porteur ne devrait pas être traité différemment. « Quiconque intentionnellement cause dommage à un autre d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs est obligé envers cet autre à la réparation du dommage », énonce l'art. 826. Cette disposition n'est applicable que si l'atteinte aux bonnes mœurs est portée dans le but spécial de causer un dommage à autrui. Comment démontrer ce mobile particulier chez le souscripteur qui paiera normalement pour se libérer d'un engagement? Il y a jusqu'à la perspective d'un procès, dans lequel il supportera le fardeau de la preuve, qui atténue le tort du souscripteur. Même s'il a des preuves suffisantes entre les mains pour combattre le porteur, des complications peuvent surgir au cours du procès, compromettant sa situation. De plus, il n'a aucun intérêt à suspecter le porteur, puisque la loi le lui enlève par ses dispositions positives. Le souscripteur se sacrifierait pour un créancier inconnu qui a peut-être

(1) *Lehrbuch des bürg. R.*, t. II, § 149, note 4.

souffert par sa négligence. Bref, il sera difficile de découvrir l'intention de nuire dans le fait du souscripteur de payer au porteur. Et nous ne mentionnons pas la nécessité pratique de l'expédition rapide des paiements en cas d'émission en masse de titres, cet intérêt pratique qui a fait fléchir plus d'une considération équitable.

Pour résumer le résultat de ce que nous appelons une nouvelle modification de l'*Eigentumstheorie*, nous dirons, que le titre au porteur apparaît dans les rapports du souscripteur et du dernier porteur, comme un double de légitimation. Il légitime le porteur, comme créancier et comme propriétaire, il légitime le souscripteur de ne pas s'enquérir de la provenance du titre.

On conçoit, même après la libération du souscripteur, une sorte de résurrection ou plutôt de survie de l'engagement unilatéral du souscripteur par le fait de la non destruction du titre. Il continue à être obligé, et, que le titre soit remis en circulation par sa volonté ou contre son gré, il en sera responsable envers le porteur dans les mêmes conditions qu'auparavant. C'est une conséquence du principe que le sort de la dette est lié au sort du titre.

CHAPITRE II

NATURE JURIDIQUE DE LA DETTE SOUSCRITE AU PORTEUR

On a rarement vu une institution plus indépendante des principes traditionnels et plus réfractaire aux tentatives de construction que celle de la dette souscrite au porteur.

Telle que nous la connaissons maintenant, classée dans la théorie de l'engagement unilatéral, révélée dans ses caractères essentiels, simple, harmonieuse, elle a cessé d'être le sphinx, qui défiait toute réglementation, toute explication scientifique. Mais la vérité fut lente à se faire jour. La science du droit s'est trouvée face à face avec un phénomène de nature double : une dette si étroitement liée à un titre, à une chose, que ses deux éléments, obligatoire et réel, apparaissent comme la traduction adéquate l'un de l'autre, dans une relation d'idée à symbole.

Ce symbole évident, palpable, s'est imposé de tout temps avec ses règles propres et représentait une affirmation sensible de l'idée symbolisée. Ce symbole était toujours là pour démentir les théoriciens qui essayaient de dénaturer l'idée qui l'animait.

On voyait une dette ou une créance circuler, fonctionner comme une chose et on acceptait pour elle les principes de la chose, on tolérait sa transmission rapide et on s'accordait pour la retrouver entre les mains du der-

nier porteur, comme au jour de sa formation, inaltérable par les changements successifs de titulaires. Ce fut un mystère. La conception des rapports contractuels ordinaires ne convenait aucunement à cette situation étrange.

« Savigny a fort bien indiqué la nécessité qu'il pouvait y avoir pour le commerce à faire de l'obligation un droit existant par lui-même, autrement dit, une valeur propre et indépendante, que l'on pût incorporer dans une forme sensible et qui sous cette forme pût se transmettre comme la propriété » (1).

« La construction juridique de bien des phénomènes du droit des obligations serait plus commode, si nous n'envisagions pas l'obligation, comme un rapport lié à la personne », fait remarquer Kuntze (2).

Et dans toutes les théories, tâtonnant à la recherche de la vérité, l'idée d'une obligation sans créancier, d'une obligation assimilable à une chose, revient comme un refrain. Mais la formule magique de l'engagement unilatéral ne fut prononcée que longtemps après. Indiquée par Kuntze, elle fut développée par Siegel et reçut sa consécration définitive dans le nouveau Code civil allemand. Elle nous montre cachée derrière le symbole de la chose, du titre, une obligation sans créancier, un engagement unilatéral, une dette cessible comme une chose, sans que la série des successeurs qui en profitent influe sur la nature et l'essence de la dette elle-même. Le rapport obligatoire, l'obligation à créancier déterminé ne naîtra qu'à la présentation du titre, qui individualisera le créancier. Telle est la conception fort simple qui se dégage du phénomène de la dette au porteur.

(1) Saleilles, *Théorie de l'obligation*, p. 299.
(2) *Inhaberpapiere*, p. 220.

L'insuffisance du contrat dans ce domaine de l'engagement à créancier indéterminé a engendré des théories absurdes, mais fort intéressantes en ce qu'elles soulignent l'effort des théoriciens d'extraire le secret du titre, du symbole et en même temps leur impuissance à y réussir avec les idées routinières. Ces théories nient le dualisme des éléments composant le phénomène juridique de la dette au porteur, ce dualisme qui n'a été dans la conception contractuelle qu'une source de conflits et de dissonances. Ce sont les théories unitaires qu'il nous suffira d'indiquer (1).

Les théories de l'incorporation voient dans le papier l'agent juridique décisif. La dette s'absorbe dans le titre, elle s'incorpore au papier, elle n'est plus à considérer. D'où, transmissibilité facile de la dette confondue avec le titre.

La tendance unitaire a trouvé son expression la plus hardie dans la théorie de la personnification (2). Le papier est lui-même le titulaire, le sujet du droit de créance. Le débiteur doit au titre. Ces idées d'absorption n'ont pas pris le dessus. « Le sort de la créance est lié d'une façon trop grossière et maladroite au sort du titre » (3). Pour être logique, il aurait fallu considérer la dette comme anéantie avec la destruction du papier, ce qui est inadmissible. D'une manière générale, ces théories ont le tort de dissimuler le côté obligatoire de la dette au porteur, et ce n'est pas résoudre la difficulté que de la tourner.

Nous nous tiendrons uniquement aux théories dualistes. Le problème de la nature juridique de la dette au porteur

(1) Cf. Kuntze, *op. cit.*, § 49.
(2) Cf. Wahl, *Traité des titres au porteur*, t. I, p. 180.
(3) Kuntze, *op. cit.*, p. 195.

pour ceux qui reconnaissent la dualité de ses éléments, c'est le problème de son élément obligatoire.

Il se résume en deux questions connexes, vers lesquelles gravitent toutes les tentatives de construction théorique :

a) Celle de la source de l'obligation au porteur; contrat ou engagement unilatéral?

b) Celle de la transmission de l'obligation au porteur, qui comprend la règle de l'inopposabilité des exceptions et la question du droit direct ou dérivé des porteurs.

Nous n'exposerons que les théories modernes, c'est-à-dire postérieures à Einert (1), qui a inauguré une ère nouvelle dans l'histoire des titres négociables, en dégageant leurs traits essentiels. Il considère le titre comme support de la dette et non comme un simple moyen de preuve. C'est lui aussi qui a attiré l'attention des jurisconsultes sur le caractère formel de ces titres, qui fait que l'obligation du débiteur se mesure strictement sur le contenu du titre, sur ce qui a été écrit. D'où le nom de Skipturobligation, donné fréquemment à ces titres, d'où la possibilité de conférer un caractère abstrait à la dette contenue dans le titre. Tous ces points sont fermement acquis aujourd'hui, et nous n'y reviendrons plus. Remarquons aussi que c'est Einert qui a lancé, pour la première fois, l'idée d'un engagement unilatéral envers le public, en écartant pour la lettre de change, qu'il envisage spécialement, l'idée de contrat.

Nous consacrerons à l'étude de la nature juridique du titre au porteur deux sections, en traitant successivement des théories contractuelles et des théories de l'engagement unilatéral, émises en cette matière.

Nous n'étudierons dans la première section que le pro-

(1) *Das Wechselrecht*, 1839.

bleme de la formation de la dette au porteur, en renvoyant, pour le probleme de sa transmission, à la deuxieme section, car il se pose de la méme maniere dans les théories contractuelles et dans la théorie classique de l'engagement unilateral dite *Kreationstheorie*.

SECTION I

THÉORIES CONTRACTUELLES

Elles sont nombreuses et enchevétrées. Il importe de les classer dès le début.

On peut distinguer deux grands groupes de théories :

a celles qui font reposer l'obligation au porteur sur un contrat passé par le souscripteur avec le premier preneur;

b, celles qui mettent à la base de notre institution un contrat avec un créancier indéterminé.

a. Cette theorie a compté autrefois un grand nombre d'adeptes, et elle est loin d'être completement abandonnée aujourd'hui [1], car elle représente la tradition et part de conceptions familieres. On cite à son appui quelques noms illustres : Brunner, Gold-schmidt, Pappenheim [2], Thol, Gareis.

Pour ces auteurs, l'engagement du porteur naît d'un accord de volontés entre le souscripteur et le premier preneur, resultant de l'émission du titre. La capacité du souscripteur doit rester entiere jusqu'au moment de la tradition du titre. La validité de ce contrat est conditionnée également par la capacité du preneur, par son consentement exempt de vices. Mais la dette au por-

(1) *Cf.* les articles de Langen dans *Arch. f. bürg. Recht*, t. XXVII-XXX.

(2) *Goldschmidt's Zeitschrift*, t. XXXIII, p. 448.

teur s'accommode fort mal de cette dernière exigence.

C'est le premier obstacle sur le chemin de la théorie contractuelle. Les auteurs ont déployé une grande ingéniosité pour y parer. Ils procèdent ainsi : tout en parlant de la nécessité d'un contrat pour donner naissance à l'engagement du souscripteur, ils paralysent les effets de ce contrat par l'introduction de principes étrangers.

Goldschmidt (1) débute par l'affirmation suivante : le contrat sur lequel est basée la dette du porteur est un contrat conclu avec une personne déterminée, au profit de cette personne et d'un nombre illimité de tiers, de manière que chacun d'eux acquière un droit indépendant, non dérivé d'un porteur antérieur, contre le souscripteur du titre. Le premier preneur n'est censé être qu'un intermédiaire entre le souscripteur et celui à qui il cède le titre, ce qui a permis à l'auteur de faire une distinction intéressante entre les causes de nullité du contrat émanant du souscripteur et celles venant du premier porteur. Seules, les premières vont influencer la validité de la dette et vont être fatales aux droits des porteurs postérieurs. La capacité du preneur ou son défaut de consentement n'atteindront pas la validité de la dette. Le contrat n'est pas un élément constitutif de l'engagement, mais un simple moyen juridique pour atteindre sa perfection. Toute la différence avec la théorie de l'engagement unilatéral consiste en ce que la capacité du souscripteur sera exigée non seulement au moment de la souscription du titre, mais encore au moment de la tradition au premier preneur.

Gierke veut éviter l'artifice de l'explication de Goldschmidt, en proposant une légère modification dans le sens de la *Kreationstheorie*. Dans le fait unilatéral de la

(1) *Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht*, t. XXVIII, p. 111.

souscription d'un titre au porteur, il voit un acte de création véritable. Seulement, ce n'est pas un engagement qui est créé par là, mais une chose spécialement qualifiée d'être le *substratum* d'un rapport de droit. L'émission de ce *substratum* matériel est une offre de contrat. Ce n'est pas une offre chancelante, fragile, elle est rendue ferme par son incorporation au titre, portant dans le monde la volonté de s'obliger de son auteur. La prise du titre constitue l'acceptation de l'offre et le contrat est formé (1). L'offre ne sera censée acceptée que par le premier porteur capable, et grâce à cette solution, la dette au porteur n'aura pas à souffrir de l'incapacité d'un premier preneur.

Il y a encore une solution positive qui cadre avec la théorie de l'engagement unilatéral et que les partisans du contrat repoussent en protestant de leur respect pour les considérations supérieures d'équité : c'est la responsabilité du souscripteur en face de l'acquéreur de bonne foi d'un titre volé ou perdu. Elle est exclue dans la théorie du contrat, car l'engagement du souscripteur ne reposerait pas dans ce cas sur un accord de volontés et le titre serait atteint d'un vice opposable à tout le monde, comme l'incapacité du souscripteur et le faux de la signature.

Ces auteurs ne se croient pas désarmés en présence de la disposition positive du Code civil, de l'art. 794. Lehmann veut lui donner un fondement délictuel en la basant sur la *culpa*, sur la négligence du souscripteur, qui a rendu possible la mise en circulation prématurée du titre. Cette conception ne trouve aucun appui positif dans la loi. Cordes (2) ramène l'art. 794 à une obligation *ex lege*.

b) Passons à la notion curieuse d'un contrat avec un

(1) *Goldschmidt's Zeitschrift*, t. XXIX, p. 258.
(2) *Wertpapiere*, thèse, Kiel, 1898.

créancier indéterminé. Elle présente un certain intérêt. Non que nous l'admettions pour un seul instant. Le contrat ne peut résulter que du concours de deux volontés, il demande des personnes concrètes, déterminées. Kuntze (1) fait remarquer en s'appuyant sur l'autorité de Liebe, de Puchta, de Scheurl : « En face d'une *incerta persona*, on ne peut s'accommoder de la notion de contrat, l'indétermination des personnes constitue la limite de cette notion ». Kuntze le dit en critiquant Savigny, le promoteur de cette conception étrange.

Dans l'évolution de la notion d'engagement unilatéral elle a joué un rôle considérable, elle en a été un indice certain chaque fois qu'elle apparaissait, en dissimulant un engagement à créancier indéterminé. Nous l'avons relevée en matière de promesse de récompense. Behrend (2) considère que le système de la *persona incerta* n'était qu'une échappatoire de la doctrine qui ne pouvait pas se résigner à reconnaître l'engagement unilatéral, comme source d'obligation. La théorie de la dette au porteur, elle aussi, a évolué à un moment donné vers cette conception.

Dans son introduction à l'étude du titre au porteur Savigny (3) fait remarquer, que dans certains cas, « le rapport obligatoire ne se relie pas comme à l'ordinaire à deux personnes individuellement connues, mais se rattache au contraire, quant à l'une d'elles, à une qualité abstraite qui, existant tout d'abord chez telle personne, peut, dans le cours des temps, passer à telle autre personne toute différente ». L'auteur précise plus loin (4) en définissant les

(1) *Op. cit.*, p. 355.
(2) *Stiftungen*, p. 349, en note.
(3) *Obligations*, t. II, §§ 61 et suivants, trad. fr.
(4) *Op. cit.*, p. 231.

titres au porteur : « des titres en vertu desquels un droit de poursuite peut être exercé non par telle personne déterminée, mais par quiconque se trouve dans une certaine situation par rapport au titre ». Cet être toujours changeant et toujours le même est le porteur. D'ailleurs, Savigny ne se laisse pas incommoder par ce créancier abstrait. Il anime l'obligation elle-même d'un souffle de vie, il lui donne une valeur autonome, en l'incorporant au titre. Page 279 : « Le transport du droit, dit-il, a lieu par la tradition du titre, c'est absolument le même procédé que dans le transport de propriété. La forme d'une cession n'est pas exigée, pas même possible, puisque le titre n'indique pas la personne de l'ayant droit antérieur qui pourrait faire cette cession. Par là sont écartées les difficultés qui naissent de la cession, particulièrement les exceptions qui, dans la cession, peuvent se déduire de la personne d'un précédent ayant droit ». Et Savigny obtient pour chaque porteur, pour chaque incarnation de l'idée abstraite de créancier un droit direct.

Ce contrat avec une *persona incerta* n'est-il pas un déguisement naïf de l'idée d'engagement unilatéral et ce droit direct n'est-il pas l'effet de la circulation d'une obligation sans créancier, d'une valeur assimilable à une chose? Après avoir été suivie d'une pléiade d'enthousiastes séduits par sa simple harmonie, la théorie de Savigny ne tarda pas de tomber dans l'oubli [1].

(1) Kuntze, *op. cit.*, § 53.

SECTION II

THÉORIES DE L'ENGAGEMENT UNILATÉRAL

La théorie de l'engagement unilatéral a vu le jour sous les auspices de la *Kreationstheorie* qui n'est pas une conception nette, mais qui contient déjà quelques germes de la vérité. Le Code civil inaugura le règne de l'engagement unilatéral à créancier indéterminé. L'une et l'autre exigent un examen attentif.

§ 1. — « Kreationstheorie » ou théorie de la création.

Nous envisagerons dans ce paragraphe deux questions essentielles : la formation de la dette au porteur et sa transmission, dont nous avons renvoyé l'étude à cette section. Cette méthode nous permettra d'avoir une vue d'ensemble sur le problème de la transmission, se posant de la même manière dans les théories contractuelles et dans la *Kreationstheorie*, qui ne diffèrent que sur la question de la formation de l'engagement du souscripteur.

II. *La formation de la dette souscrite au porteur.* — « En réalité, de quelque façon qu'on s'y prenne, l'idée de contrat est difficilement acceptable; elle n'est conservée, que parce que la tradition l'impose. La compagnie qui émet en masse des titres au porteur contracte-t-elle avec quelqu'un? Son engagement dépend-il du rapprochement d'une autre volonté? Où a-t-on vu cela? Elle a voulu être engagée à payer au titre et elle veut vendre et négocier cet engagement; mais l'engagement lui-même existe indépen-

damment de la vente qui le fait acquérir au premier preneur » (1).

Et c'est ce qui explique le succès de Kuntze qui vint en 1857, dans un ouvrage sur les titres au porteur, formuler brillamment la théorie de la création.

D'après lui (2) la création de la dette au porteur procède de deux actes indépendants : de la souscription du titre par le débiteur d'une part, et de la prise de possession par le créancier d'autre part; par quel rapport juridique sont unis ces deux actes? La solution de cette question décidera si la dette trouve sa source dans un contrat ou dans un acte unilatéral. La majorité des maîtres du droit ont opté pour la conception du contrat. Aucun n'aurait été conscient du fait qu'une alternative s'imposait ici, que la création d'une obligation au porteur évoque soit un acte bilatéral, soit un acte unilatéral et que par conséquent il y a un choix à faire. Kuntze n'hésite pas à adopter la conception d'un acte unilatéral : le droit des porteurs n'est-il pas indépendant du soi-disant contrat passé entre le souscripteur et le premier preneur?

Ce qui caractérise l'acte juridique unilatéral, c'est qu'il exige pour son efficacité le concours de deux volontés de valeur inégale, l'une active, primaire, l'autre passive, secondaire. L'activité de la volonté primaire est essentielle, l'adjonction de la volonté passive n'a que l'importance d'une condition. La comparaison frappante qui se présente à l'esprit est celle de l'acte unilatéral avec le testament.

Par la souscription le débiteur exprime sa volonté de s'obliger, mais tant que le titre est à sa disposition, il est libre de le détruire. Seul l'avènement du créancier fixera

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 309.
(2) *Inhaberpapiere*, p. 335.

définitivement l'obligation, dont la prise de possession est considérée comme l'accomplissement de la condition mise à la perfection de l'engagement. Un possesseur, même de mauvaise foi, deviendra créancier de la dette incorporée au titre, car la prise de possession jointe à la volonté de profiter de la dette suffira pour parfaire l'engagement du souscripteur.

Telle est la théorie classique de la création, qui a subsisté, avec quelques altérations peu sensibles, jusqu'à nos jours. Elle a provoqué tout un échafaudage de théories qui partagent tous ses défauts.

Avant de procéder à sa critique, nous allons écarter du terrain des controverses une question théorique, que les auteurs ont rattachée à la conception d'engagement unilatéral. Il s'agit de savoir de quelle manière le droit de créance est lié au droit réel sur le titre? Est-ce la détention, la possession juridique simple, la possession de bonne foi, le droit de propriété enfin, qui légitimera le créancier de la dette au porteur? Autant de théories diverses ont été soutenues. Les unes prétendaient descendre directement de la notion d'engagement unilatéral, d'autres ne devaient cadrer qu'avec la conception contractuelle. C'est ainsi que, par répercussion sur la question des titres volés ou perdus avant l'émission, la manière de voir que nous combattons a permis d'associer le droit du voleur avec la théorie de la création; nous voyons Kuntze proclamer le possesseur de mauvaise foi créancier de la dette au porteur. Il nous semble, que c'est une idée vaine et antijuridique, que de vouloir traduire la notion d'un droit personnel par une notion de droit réel. Pour déterminer ce dernier, les principes du droit des choses seront souverains, cela résulte de l'incorporation de la dette au titre. Or, les principes du droit des choses ne connaissent qu'un seul droit élémen-

taire, absolu et entier sur une chose corporelle, c'est le droit de propriété. L'incorporation au titre ne peut avoir d'autre résultat que de soumettre la dette au régime de la propriété mobilière. Cette idée a été consacrée par le Code civil allemand sous l'inspiration de l'*Eigentums-theorie*.

Ce point théorique éliminé, nous allons procéder à la critique des théories de la création. Deux propositions vont suffire pour leur caractéristique :

a) Elles présentent tous les symptômes de la théorie de la pollicitation. Elles méconnaissent la réalisation successive de l'engagement unilatéral, en le faisant débuter par la création d'un rapport obligatoire entre le souscripteur et le premier preneur ; elles associent l'efficacité de la dette au porteur à l'existence d'une créance faisant face à la dette, en la faisant dépendre d'un acte correspondant du créancier. Elles usurpent au profit de leur acte unilatéral le domaine du contrat, de l'engagement à créancier déterminé, ce qui rend possible une alternative entre l'acte unilatéral et l'offre de contrat. Kuntze l'a observé fort judicieusement : il y avait là un libre choix à faire entre deux notions, que le double fait constitutif de l'obligation au porteur suggérait dans une mesure égale.

b) Comment doit se produire la prise de possession du créancier, à laquelle est subordonnée la perfection juridique de l'engagement contenu dans le titre?

A ce sujet on peut distinguer deux groupes de théories : celles qui admettent le dessaisissement du souscripteur contre son gré, et celles qui ne reconnaissent que le dessaisissement volontaire, dites théories de l'émission, à la différence des premières, théories pures de la création.

Les théories pures de la création ne tiennent pas compte

de la volonté accessoire du souscripteur, qui ne s'est pas manifestée juridiquement, de ne se départir du titre que volontairement, par voie de tradition à un premier preneur. La souscription du titre jointe à la prise de possession du titre par un tiers, suffit pour lier le souscripteur. Il en résulte que les titres volés ou perdus avant l'émission sont aussi valables juridiquement que ceux qui ont fait l'objet d'une tradition régulière. Kuntze, Siegel, Grünhut, Bluntschli se sont prononcés en ce sens. Les deux derniers auteurs exigent en plus que les titres volés ou perdus soient tombés entre les mains d'un possesseur de bonne foi.

Les théories de l'émission ont été inaugurées par Stobbe (1). La création de la dette jointe à la prise de possession par un tiers n'est plus suffisante pour lier le souscripteur, elle doit s'accompagner de l'émission volontaire du titre, ne serait-ce qu'une *derelictio*, un abandon du titre. Lehmann (2) se montre plus exigeant en ce qu'il impose au souscripteur l'émission par un acte translatif de la propriété du titre : *Eigentumverschaffungstheorie*. Pernice (3) et Carlin (4) n'en sont pas éloignés. Ces théories excluent la responsabilité du souscripteur à la suite du vol ou de la perte de titres avant leur émission. Elles paraissent artificielles. On ne voit nulle part que le souscripteur ait fait dépendre son engagement de l'émission volontaire du titre. C'est une volonté qui ne s'est pas manifestée et qui ne devrait pas produire d'effets juridiques.

II. *La transmission de la dette souscrite au porteur.* —

(1) *Deutsches Priv. Recht*, t. III, p. 106 et suiv.

(2) *Zur Theorie der Wertpapiere*, dans les *Festgaben der jür. Fakultät zu Marburg*, p. 318.

(3) *Goldschmidt's Zeitschrift*, t. XX, p. 298.

(4) *Goldschmidt's Zeitschrift*, t. XXXVI.

Nous allons passer au problème de la transmission du titre. Nous n hésitons pas à soutenir à l'encontre d'une opinion généralement accréditée en Allemagne, que ce problème se pose de la même manière dans la théorie contractuelle et dans celle de la création.

« A l'idée de contrat répondra la notion de cessions successives et à la conception d'un droit direct acquis au porteur répondra le système d'un engagement résultant de la seule création du titre, indépendamment de tout concours de volontés » (1), disent les sages, pour mettre un frein à la tendance irrésistible des théoriciens à justifier malgré tout la règle de l'inopposabilité des exceptions. On rencontre cette affirmation à chaque pas dans la littérature juridique allemande, dénuée d'arguments, libre comme un axiome, et cependant elle ne saurait résister à la plus faible attaque.

Certes, s'il est vrai de dire que l'engagement unilatéral constitue une nouvelle source d'obligation volontaire à côté du contrat, il est indiscutable, d'autre part, que le rapport obligatoire, une fois formé par l'effet de la volonté unilatérale, ne diffère en rien de celui engendré par le contrat. Or, si dans l'idée des partisans de la *Kreationstheorie*, la créance faisant face à l'engagement unilatéral du souscripteur est acquise au premier preneur, son transfert est soumis aux règles applicables à toute autre créance, abstraction faite de son origine. La prétendue supériorité de la *Kreationstheorie* s'évanouit en un clin d'œil. Cette conclusion nous autorise à réunir désormais dans nos explications les théories contractuelles et celles de la création au point de vue du problème de la transmission de l'obligation au porteur.

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 313.

Ce problème est celui de l'inopposabilité des exceptions. Le droit du dernier porteur du titre n'est point semblable à celui de ses prédécesseurs et les exceptions dont le souscripteur aurait pu se prévaloir contre ces derniers ne sont point opposables au présentant du titre. Comment concilier cette règle avec les idées traditionnelles? Quelle est la construction qui s'harmoniserait avec cette germination spontanée de la pratique?

Le droit commun n'offre comme procédé de transmission d'une obligation active que la cession, véritable succession du nouveau créancier dans les droits de son prédécesseur. La créance est transmise telle quelle avec les exceptions qui l'amoindrissent et les privilèges qui lui sont attachés.

On a voulu ramener l'inopposabilité des exceptions au caractère abstrait de la dette. La cession purgerait la dette abstraite des exceptions venant du créancier cédant. C'est une idée erronée. Tout ce que réalise le caractère abstrait d'une obligation, c'est de mettre à la charge du débiteur la preuve d'un enrichissement sans cause. Ce moyen de défense peut être invoqué même à l'encontre d'un cessionnaire de la créance. De plus, la dette au porteur n'est pas toujours abstraite.

Les efforts novateurs des théoriciens ont convergé vers deux pôles. Les uns fidèles à une vérité acquise, sont partis de l'idée d'un droit dérivé du porteur, d'une succession au côté actif d'un rapport obligatoire déterminé. Les autres en rompant avec toute idée de succession parlent d'un droit direct du porteur, d'une formation originaire du rapport obligatoire entre le souscripteur et chaque porteur.

a) *Théories du droit dérivé du porteur.* — Les partisans d'un droit dérivé du porteur considèrent que la concep-

tion d'un droit unique, transmissible avec le titre, répond mieux aux traditions historiques et aux données logiques, que la conception d'une série de droits directs, sans lien et sans suite, naissant et s'évanouissant avec chaque porteur nouveau. Mais ce droit, quoique dérivé, quoique cédé, est sans tache, comme purifié à chaque transmission : le principe de l'inopposabilité des exceptions est sauf. Par quel miracle, nous demandons-nous.

Gierke (1) invoque la volonté contractuelle exprimée dans le titre en ce sens, que la succession de chaque porteur dans le droit de son auteur se produise dans la mesure ainsi limitée. Cette volonté contractuelle est trop hypothétique pour porter atteinte à un principe juridique fondamental. Brunner (2) fait appel à la *publica fides* du titre pour écarter les exceptions du chef des porteurs précédents. Mais en quoi la *publica fides* est-elle moins respectable, quand il s'agit d'un titre nul pour incapacité du souscripteur ou pour défaut de la volonté de s'obliger?

Tous les vices de ces constructions qui partent d'une conception dénaturée de la succession obligatoire se trouvent condensés, mis en relief dans une théorie, dite de la *Singularsuccession,* de la succession à titre particulier à l'obligation, analogue à la succession aux choses, par opposition à la cession. C'est une idée fort curieuse et hardie, car elle nous ramène presque à la porte de l'engagement unilatéral.

Elle appartient à Renaud (3) et elle a été reprise plus

(1) *Goldschmidt's Zeitschrift*, t. XXIX, p. 259.

(2) *Endemann's Handbuch für Hand. Recht*, t. II, § 194.

(3) *Beitrag zur Theorie der Obligationen auf den Inhaber*, dans la *Zeitschrift f. deutsches Recht*, t. XIV, 1853.

récemment par Kuntze (1). Cet auteur préconise un mode de transmission exceptionnel pour les obligations à ordre et au porteur. La cession étant impraticable en cette matière, ces obligations bénéficieraient d'une succession à titre particulier, comme les choses. Kuntze en s'emparant de l'idée de Renaud l'a transportée dans le domaine de l'acte unilatéral de création. Le rapport obligatoire, dit Kuntze, qui naît d'un acte unilatéral, n'est pas identique à celui qui est créé par le concours des volontés. La volonté du débiteur est prépondérante : il ne se laisse pas obliger, il s'oblige lui-même. Mais si la puissance constitutive véritable réside dans la volonté du débiteur, rien n'est plus facile et plus indiqué que d'attribuer au débiteur le désir de réaliser une séparation, une individualisation de l'objet de son engagement. Le débiteur a pu l'organiser de la sorte qu'il soit constant et capable de supporter plusieurs droits successifs, comme la chose supporte tout une série de droits de propriété sans en être atteinte, ajouterons-nous. Le titre négociable correspond à une pareille construction.

La succession à titre particulier, poursuit Kuntze, réussit ce que ne peut faire la cession : une transmission véritable d'une obligation d'un porteur à l'autre, de sorte que chaque porteur, quoique successeur du précédent, exerçât un droit propre, libre des exceptions du chef de ses prédécesseurs. Elle permet aussi la conservation et la transmission des accessoires de l'obligation, des gages et des cautions.

Cette conception appliquée à une obligation à créancier indéterminé, indépendante d'un rapport juridique entre le

(1) *Endemann's Handbuch f. H. R.*, t. IV, p. 84; cf. Kuntze, *Inhaberpapiere*, §§ 42, 54 à 58.

créancier et le débiteur, n'aurait pas manqué de triompher. Mais dans le domaine, qui lui est assigné par Kuntze, elle est insoutenable. Le rapport obligatoire, qu'il résulte d'un concours de volontés ou de la volonté d'un seul, a la seule et même structure. Or, la *Singularsuccession* tranche brutalement sur la notion d'obligation à créancier déterminé, considérée comme un rapport personnel, comme un ensemble complexe de responsabilités. Pour elle, la succession à titre particulier est inconcevable, car cette obligation n'est pas une valeur propre et indépendante, ayant une existence objective par l'incorporation à un titre. L'obligation à créancier déterminé n'a pas une existence propre, elle puise ses éléments dans un rapport obligatoire déterminé entre deux personnes. Elle n'a de consistance individuelle que par l'effet du lien unissant le créancier au débiteur. Elle ne peut pas en être détachée pour être transmise comme une chose. Tout ce qu'on peut admettre en matière de transfert d'une obligation à créancier déterminé, c'est la substitution d'une personne nouvelle soit au sujet actif, soit au sujet passif dans le rapport obligatoire. Et c'est déjà dépasser de beaucoup les traditions romaines, qui n'ont légué à la postérité que la transmissibilité de l'obligation au point de vue actif, restreinte à une cession d'action. Le nouveau Code civil allemand consacre à côté du transport de créance le transport de dette.

Dans la théorie de Kuntze, le successeur a plus de droits que son auteur, ce n'est plus une simple substitution d'un créancier à l'autre. La règle *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* se trouve transgressée, surtout si l'on songe au cas, où le porteur, acquéreur de bonne foi d'un titre volé ou perdu, est investi d'un droit qui n'a jamais appartenu à son auteur. Cela

reste inexplicable. Il faut reconnaître purement et simplement qu'un tel successeur n'en est pas un, que son droit de créance n'est pas dérivé de celui de son prédécesseur, que c'est un droit direct, originaire.

Nous arrivons à la conclusion suivante : les théories du droit dérivé du porteur sont insoutenables, car l'idée de succession est impuissante à fournir la clef de ce phénomène extraordinaire de la circulation de la dette au porteur.

b) *Théories du droit direct du porteur.* — Cependant, on ne conçoit pas qu'une créance puisse être acquise autrement que par succession, à moins de parler de novation. C'est un dilemme sur lequel les théories du droit direct du porteur ne vont avoir aucune prise.

Pour les partisans de ces dernières, le rapport obligatoire, qui unit le souscripteur à chaque porteur, est originaire, non dérivé. Le droit de chacun des créanciers lui est acquis directement, sans avoir séjourné dans le patrimoine des porteurs précédents.

Le droit romain offrait déjà un moyen juridique pour atteindre un pareil résultat : la novation. Le débiteur s'engageait à nouveau envers un autre que le créancier initial. Kuntze (1) a professé pendant un certain temps l'idée de novation, Unger (2) lui est resté fidèle. Mais la novation est le produit d'un contrat et comment parler de contrat là où la circulation rapide et anonyme du titre dissimule la personne du titulaire de la créance? Kuntze substitue le terme d'effet novatoire à celui de contrat de novation, en écartant par là la nécessité d'une intervention renouvelée du souscripteur. Unger opère avec une fiction,

(1) *Inhaberpapiere*, p. 296.
(2) *Rechtliche Natur der Inhaberpapiere.*

en supposant que chaque porteur conclut un contrat de novation avec son successeur au nom du souscripteur. Ces constructions échouent d'ailleurs devant l'impossibilité de conserver à chaque porteur les accessoires de la créance.

La conception d'une série de droits directs, se rangeant sur le titre, comme des perles sur un fil, est familière surtout aux partisans de la *Kreationstheorie*, mais elle a pénétré aussi dans le camp des théoriciens du contrat.

Grünhut (1) part de la *Kreationstheorie :* la promesse du souscripteur ne s'adresse pas à une personne déterminée, mais à un cercle de personnes inconnues, au public, à tous ceux qui se porteront de bonne foi possesseurs du titre. Chacun des porteurs est le créancier directement visé par la déclaration du souscripteur; chacun est titulaire d'un droit originaire que les exceptions opposables aux créanciers antérieurs, ne concernent pas. On reconnaît les accents de la théorie de Savigny, du contrat avec une personne indéterminée. En somme, rien ne sépare les deux auteurs, qu'une question de mots. Un porteur se substitue à l'autre, en détruisant un droit qui se renouvelle en sa propre personne, chacun est créancier originairement. Grünhut dit : le souscripteur s'engage envers un créancier indéterminé au moment de la souscription, se précisant par la possession de bonne foi du titre; Savigny dit : il contracte avec un créancier abstrait, variable et un, puisque malgré son incarnation répétée, le souscripteur ne répondra qu'envers un porteur unique.

Goldschmidt (2) se sert du contrat, comme d'un moyen

(1) *Wechselrecht*, t. I, p. 283.
(2) *Goldschmidt's Zeitschrift*, t. XXVIII, p. 111.

juridique, permettant de fonder à côté d'une promesse acceptée par un premier preneur déterminé, une promesse accessoire, dispensée d'acceptation par l'effet d'un droit coutumier (?), au profit d'un cercle indéterminé de personnes, dont chacune acquiert un droit originaire. Cependant les principes de la stipulation pour autrui ne peuvent pas justifier un phénomène aussi exorbitant du droit commun, car ils n'expliquent que le droit direct au profit d'un premier bénéficiaire. Une fois acquis à ce dernier, il se transmet comme toute créance.

Vainement chercherons-nous chez les auteurs un argument, une idée pouvant appuyer et expliquer l'étrange anomalie d'un droit naissant et disparaissant avec chaque titulaire nouveau, de ces ruptures successives de rapports obligatoires. La volonté du souscripteur, unilatérale ou contractuelle, a fait naître un droit de créance au profit d'un porteur légitime. Comment concevoir qu'il ne se transmette pas sur la base d'une succession obligatoire?

On répond quelquefois : le droit de créance procède du titre, il est tel que le titre le définit, il n'est pas moindre et chaque porteur est créancier dans la mesure de l'engagement du souscripteur. S'il en est ainsi, il reste à élucider pourquoi le dernier porteur demeure passible des exceptions nées de son chef.

L'impression qui se dégage de l'examen des solutions proposées pour résoudre l'énigme des titres négociables, est, que ni les théories contractuelles ni les théories de la création ne peuvent fournir les éléments de la solution vraie.

§ 2. Théorie de l'engagement à créancier indéterminé.

Nous avons mis à la base de la dette au porteur l'engagement unilatéral du souscripteur, conforme à la notion d'un engagement à créancier indéterminé, de réalisation successive, telle qu'elle se dégage des dispositions du nouveau Code civil allemand. Cette théorie consacre les avantages qui ont fait la supériorité de la *Kreationstheorie* au point de vue de la formation de la dette et arrive à surmonter aisément les difficultés théoriques du problème de la transmission de la dette au porteur.

Jusqu'à la présentation du titre par le dernier porteur au souscripteur, il n'y a ni créancier, ni créance. M. Thaller (1) eut des expressions heureuses pour qualifier le titre de crédit : « Il est vrai qu'il a à sa base une dette, l'engagement d'un débiteur ou d'un établissement, mais cela n'est vrai qu'au point de vue passif. Sous la face active, il n'est pas une créance, mais un bien autonome une valeur, qui, sous son enveloppe matérielle, contient une somme interne d'utilité, sans qu'il soit nécessaire d'avoir égard à la personne qui en profite actuellement » (2).

La valeur matérialisée dans le titre circule comme une chose, sans qu'il en résulte un rapport obligatoire entre

(1) *De la nature juridique du titre de crédit*, p. 25.

(2) *Op. cit.*, p. 25, en note. M. Thaller ajoute : « Aucun Allemand, à notre connaissance, n'a exprimé cette pensée d'une façon tout à fait catégorique. Elle ressort de sous-entendus, de formules plus ou moins évasives. Il nous semble que c'est non pas dénaturer l'idée germanique, mais lui communiquer, au contraire, plus de force, que de l'interpréter dans cette proposition un peu hardie ». Certes, M. Thaller a résumé avec une justesse de vue remarquable les tendances inconscientes des théoriciens allemands.

le souscripteur et chaque porteur. N'est-ce pas là la consécration de l'idée de Renaud et de Kuntze, relative aux principes du droit des choses, rendus applicables en matière d'obligations?

L'engagement unilatéral ne trouvera son créancier qu'au moment de la présentation du titre. Cette assertion aussi s'honore de l'appui de M. Thaller (1), seulement cet éminent auteur lui donne une formule un peu étroite : « A partir du jour où le porteur se heurte à un état contentieux, où il cesse de pouvoir jouir pacifiquement du droit, la condition de créancier se réveille subitement en lui », dit-il. A notre avis, le rapport obligatoire se forme dès la détermination du créancier par la présentation du titre, ce qui est en harmonie avec la théorie générale que nous proposons. « Du titre émerge et se dégage la créance, pour faire symétrie avec la dette, qui, elle, n'a jamais discontinué, et cette créance est dévolue au porteur contemporain dudit état contentieux. Alors, mais alors seulement, reparaît la dualité de débiteur et de créancier; alors se forme le *vinculum juris* entre celui qui s'est engagé au titre à l'origine et celui qui le détient à la fin; désormais, on pourra disserter selon le plan et la méthode habituels aux rapports ordinaires d'obligation ».

L'idée d'un créancier déterminé seulement par la présentation du titre n'a pas échappé aux auteurs allemands. Elle fut aussitôt abandonnée, car elle fut mise en avant par les partisans du contrat. Or, il y a quelque chose de précaire dans la conception d'une offre de contrat suspendue jusqu'à la présentation du titre. On serait obligé d'admettre, si l'on voit dans le titre une offre en circulation, la possibilité pour le souscripteur de la révoquer,

(1) *Op. cit.*, p. 31-32.

tout au moins à l'encontre des porteurs futurs, ce qui est inadmissible.

Une première allusion à notre idée a été faite par le grand Ihering [1] : « Je vois dans le titre au porteur un moyen juridique pour la fondation d'une obligation, non l'obligation elle-même. Le porteur du titre se trouve, par rapport à l'obligation, dans la même situation juridique que l'héritier par rapport à l'hérédité échue. Les deux ont le droit (par la présentation, par l'adition), d'acquérir l'obligation ou l'hérédité; seulement, dans un cas, le droit est transmissible; dans l'autre, il ne l'est pas ». « Qu'on admette l'existence d'une obligation avant la présentation ou non, cela n'a aucune importance pratique ». « Pour acheter le titre, pour l'engager et même pour le revendiquer, il n'est pas besoin d'une obligation déjà formée ». Mais jusqu'à la présentation, n'y a-t-il vraiment que le papier, chose inerte, et n'est-il pas animé par la valeur incorporelle qu'il contient, qui n'est pas encore l'obligation, rapport obligatoire, et qui est déjà l'engagement unilatéral?

Kuntze estima, à l'époque où il inaugura la *Kreationstheorie* [2], que le destin, octroyé par Ihering à l'obligation, avait quelque chose de tragique : elle est poussée irrésistiblement à la formation, enfin elle est formée pour être détruite à ce moment même. Ne faut-il pas reconnaître là un trait distinctif de l'engagement unilatéral, que Behrend [3] a relevé avec tant de finesse? La perfection de l'engagement unilatéral coïnciderait avec son exécution. En effet, le but suprême auquel aspire cet acte juridique est la formation d'un rapport obligatoire sur

(1) *Dogm. Jahrb.*, t. I, 1856, p. 49-50, note 20.
(2) *Inhaberpapiere*, p. 169.
(3) *Stiftungen*, p. 355.

le fondement unique de la volonté initiale. Au moment où ce but est atteint, au moment de la présentation, le débiteur exécute sa promesse : le rapport obligatoire n'a pas été de longue durée.

Goldschmidt a repris la thèse d'Ihering sous le nom de *Pendenztheorie*, pour la renier ensuite, car, à son avis, elle ne s'harmonise pas avec l'*Eigentumstheorie*, la théorie du droit de propriété, selon laquelle le droit de créance du porteur doit être appuyé de son droit de propriété. C'est donc qu'au droit de propriété est attaché un droit de créance ferme, et non seulement un droit éventuel, une simple expectation.

Tel est aussi l'avis de Riesser[1] qui a défendu récemment la thèse de la présentation, en partant, lui, de l'idée d'engagement unilatéral et qui a résolu de sacrifier l'*Eigentumstheorie* en donnant la qualité de créancier définitif à tout présentant du titre. Cet auteur s'exprime très catégoriquement : « Que quelqu'un soit porteur du titre cela est indifférent au souscripteur.... Celui qui détient le titre peut devenir créancier, mais il ne l'est pas encore. Seul, celui qui présentera le titre sera créancier à la suite de la présentation ». (Page 61) : « Si le présentant seul est créancier, c'est qu'il ne succède à personne et le souscripteur ne peut pas lui opposer les exceptions du chef des porteurs précédents ». Nous nous séparons de cet auteur en ce que nous reconnaissons pleinement l'action concourante du principe de la propriété du titre. L'idée de réalisation successive de l'engagement unilatéral nous a permis d'entrevoir dans une première phase la création d'une valeur patrimoniale susceptible d'un droit de propriété véritable par

(1) *Goldschmidt's Zeitschrift*, t. XXVIII, p. 56.

l'incorporation de l'engagement au titre. Rien de plus logique dans cette manière de voir que la nécessité de compléter la qualité de présentant par la qualité du propriétaire du titre, en vertu de la matérialisation de la dette.

CONCLUSION

Nous touchons à la fin de notre travail et il n'est pas sans intérêt de jeter un coup d'œil rétrospectif sur les résultats obtenus.

Il s'est agi de rechercher, pour l'adapter à la conception philosophique, quelque peu vague, de l'autonomie de la volonté, plus spécialement de l'efficacité de l'engagement par volonté unilatérale, un de ces procédés techniques, qui servent de cadres immédiats, proprement juridiques, aux manifestations de la vie pratique (1). Nous en avons trouvé la formule dans l'engagement à créancier indéterminé, de réalisation successive, apparaissant tantôt sous l'aspect d'une promesse concrète, non dégagée de sa cause, tantôt comme promesse abstraite. L'utilité principale de l'essai de construction que nous avons tenté, consiste donc dans la détermination d'un nouveau procédé de technique juridique et des règles qui lui sont propres.

Cette tâche aurait été particulièrement pénible, si nous ne devions pas opérer avec des données aussi nettes et précises, que peut les fournir une législation toute récente, inspirée par les besoins de la vie moderne. Il ne s'agissait pas, en effet, de réalités obscures, aux exigences mal défi-

(1) Geny, *Des droits sur les lettres missives*, 1911, t. I, *Avant-propos*, p. v à xiii.

nies encore, de conflits d'intérêts non aplanis, négligés par le législateur, dont la solution se serait imposée à l'interprète. Les données positives, que nous avons maniées, représentent des institutions pleinement épanouies, minutieusement réglées, aux contours fermement tracés, mais dont la nature véritable, dont l'âme, si l'on peut dire, restait mystérieuse et voilée. Si la conception de l'engagement unilatéral, que nous proposons, a réussi à révéler l'harmonie intérieure de ces phénomènes juridiques méconnus, peut-être pourra-t-on y voir une autre utilité venant compléter heureusement la première.

Vu :

Nancy, le 13 mai 1913.

Le Président de la thèse,

FR. GENY.

Vu :

Nancy, le 13 mai 1913.

Pour le doyen absent :

L'assesseur du doyen,

FR. GENY.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 14 mai 1913.

Le Recteur de l'Académie,

CH. ADAM,

Correspondant de l'Institut.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

PRÉLIMINAIRES

Pages.

CHAPITRE I. — Théorie de la pollicitation 8

§ 1. — De l'offre de contrat entre absents 8

§ 2. — De l'acceptation tacite 21

CHAPITRE II. — Théorie de l'engagement unilatéral a créancier indéterminé 31

DEUXIÈME PARTIE

L'ENGAGEMENT UNILATÉRAL CONCRET

CHAPITRE I. — La promesse de récompense 43

Section I. — *La promesse de récompense dans le Code civil allemand* 43

§ 1. — Conditions de validité et leur sanction 46

§ 2. — Effets de la promesse de récompense 58

§ 3. — Effets de la promesse de récompense (*suite*) 64

Section II. — *Nature juridique de la promesse de récompense*. 69

Pages.
§ 1. — Théories contractuelles..... 70
§ 2. — Théories de l'engagement unilatéral..... 82

CHAPITRE II. — La fondation entre vifs..... 94
§ 1. — Conditions de l'acte de fondation..... 96
§ 2. — Effets de l'acte de fondation..... 105

TROISIÈME PARTIE

L'ENGAGEMENT UNILATÉRAL ABSTRAIT

CHAPITRE I. — L'engagement unilatéral abstrait dans le Code civil allemand..... 124

Section I. — *L'élément obligatoire de la dette souscrite au porteur*..... 126
§ 1. — Conditions de validité de la dette souscrite au porteur..... 126
§ 2. — Effets de la dette souscrite au porteur..... 133

Section II. — *L'élément réel de la dette souscrite au porteur*.. 140

CHAPITRE II. — Nature juridique de la dette souscrite au porteur..... 153

Section I. — *Théories contractuelles*..... 157

Section II. — *Théories de l'engagement unilatéral*..... 162

§ 1. — *Kreationstheorie* ou théorie de la création..... 162
§ 2. — Théorie de l'engagement à créancier indéterminé. 175

CONCLUSION..... 180

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

ERRATA

Page 12, ligne 25 : le renvoi 3 ne correspond à aucune référence.

Page 13, ligne 1 : le nom de *Regelsberger* se réfère à la note 3, p. 12; au nom de *Ihering* correspond la note 1.

Page 75, ligne 20, *au lieu de :* consentement *de* se prévaloir, *lire :* consentement *à* se prévaloir.

Page 156, ligne 19, *au lieu de :* Skipturobligation, *lire : Skriptur-obligation.*

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE
LVX VLTIMA
BAR-LE-DUC